

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ISABELA OLIVEIRA FRANÇA DE MELO

**A CRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS E O DIREITO À AUTOLESÃO
COMO UMA OTIMIZAÇÃO DA LIBERDADE HUMANA**

CURITIBA

2017

ISABELA OLIVEIRA FRANÇA DE MELO

**A CRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS E O DIREITO À AUTOLESÃO
COMO UMA OTIMIZAÇÃO DA LIBERDADE HUMANA**

Monografia de conclusão de curso apresentada no Curso de graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Profº Dr. Jacson Luiz Zilio

CURITIBA

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

ISABELA OLIVEIRA FRANÇA DE MELO

A CRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS E O DIREITO À AUTOLESÃO COMO UMA OTIMIZAÇÃO DA LIBERDADE HUMANA

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Direito no Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Jacson Luiz Zilio

Departamento de Ciências Jurídicas – UFPR

Prof. Dra. Katie Silene Cáceres Arguello

Departamento de Ciências Jurídicas – UFPR

Prof. Dr. Marco Aurélio Nunes da Silveira

Departamento de Ciências Jurídicas – UFPR

Curitiba, 27 de novembro de 2017.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, com o todo o meu coração os meus pais, George e Josélia. Tenho uma eterna gratidão por todo o sacrifício que se submeteram a meu favor, por me ajudarem a sempre ver luz aonde só há escuridão, e mais do que isso, por me fazerem ver esperança aonde tudo parece ter se esvaecido. O meu amor por vocês não cabe em palavras.

Agradeço, também, as minhas lindas irmãs, Lídia e Rebeca, pelo companheirismo, pelo amor e pelo cuidado que sempre me proporcionaram. Vocês são o meu porto seguro!

Toda a minha gratidão ao meu eterno melhor amigo e o meu primeiro amor, Ricardo. Obrigada por ser sempre a minha doce calma nos meus momentos mais difíceis.

E, por fim, agradeço o meu paciente orientador Prof. Jacson, pelos ensinamentos, pelas dicas e pelo suporte que me proporcionou durante a elaboração desse trabalho.

RESUMO

O uso de drogas sempre existiu, ainda que em diferenciadas extensões e manifestações. O fato é que a atual política de criminalização de drogas no Brasil, em consonância com as orientações políticas solidificadas em diversos países, revela-se como uma estratégia proibicionista embasada em um ideal que intenta se legitimar a partir da consubstanciação de alguns discursos preponderantes, como por exemplo, a relação necessária entre consumo e dependência e o prejuízo ao bem-estar social decorrente da irreversibilidade do estado de dependência do usuário de drogas. Diante desse abstrato contexto, a presente pesquisa, através do método dedutivo, em observância à doutrina atinente ao tema, objetiva revelar as variadas faces da problemática que se desenvolve em desfavor do usuário de drogas, mais precisamente, no que diz respeito a ingerência estatal diante da sua liberdade de autolesão justificada pela proteção do bem jurídico saúde pública.

Palavras-chave: Autolesão. Criminalização. Drogas. Liberdade. Saúde Pública.

ABSTRACT

The use of drugs has always existed, although in different extensions and manifestations. The fact is that the current policy of drug criminalization in Brazil, in line with the solidified political orientations in several countries, reveals itself as a prohibitionist strategy based on an ideal that tries to legitimize itself from the consubstantiation of some prevailing discourses such as for example, the necessary relationship between consumption and dependence and the damage to social welfare due to the irreversibility of the drug user's state of dependence. Faced with this abstract context, the present research, through the deductive method, in observance of the doctrine related to the theme, aims to reveal the various faces of the problem that develops to the detriment of the drug user, more precisely, regarding state interference in of their freedom of self-justification justified by the protection of the legal good public health.

Keywords: Drugs. Criminalization. Liberty. Public health. Self-harm.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. DROGAS, REPRESSÃO E O USUÁRIO	9
1.1 A LEI 11.343/06 E AS IMPLICAÇÕES DA CONJUNTURA POLÍTICA-CRIMINAL DE COMBATE ÀS DROGAS AO USUÁRIO.....	9
2. O USO DE DROGAS E A LIBERDADE HUMANA.....	19
2.1 A AUTOLESÃO DO USUÁRIO DE DROGAS E A TEORIA DO BEM JURÍDICO COMO LIMITE À INTERVENÇÃO PENAL.....	19
2.2 A LIBERDADE HUMANA: LIMITES E POSSIBILIDADES À LUZ DA TESE DE JOHN STUART MILL	25
3. AS CONTRADIÇÕES E CONSEQUÊNCIAS DE UMA POLÍTICA DE DROGAS SELETIVA.....	29
3.1 A PROBLEMÁTICA DE UM CONCEITO ABSTRATO DE SAÚDE PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DE JUSTIFICAÇÃO DA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS.....	29
3.2 OS REAIS EFEITOS DA DROGA E O PARADIGMA DA DEPENDÊNCIA	34
3.3 A CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS COMO UM PROCESSO POTENCIALIZADOR DE ESTIGMATIZAÇÃO SELETIVA DE USUÁRIOS.	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	51

INTRODUÇÃO

A nova Lei de Drogas (11.343/06), em seu artigo 28, traz consigo uma evidente inovação perante a então revogada Lei 6.368/76 ao retirar qualquer sanção encarceradora quanto à prática de portar drogas para consumo pessoal, de modo que apenas passou a prescrever penas alternativas. Entretanto, é manifesto que a manutenção de uma repressão jurídico-penal quanto a esta conduta, ainda que branda, traz consigo discussões se, evidentemente, estar-se-ia lesionando ou colocando em perigo um bem jurídico penalmente tutelado, provocando, assim, uma inevitável relativização quanto a legitimidade da ingerência estatal na autonomia do usuário de droga diante de uma ação de autolesão.

Assim sendo, a presente pesquisa em um primeiro momento investiga, brevemente, a forma como se deu a estratégia proibicionista que prescreve a reprovação do uso de determinadas substâncias, por meio da categorização destas como ilícitas, ou seja, o enfoque crítico se detém a uma análise dos discursos, dos paradigmas que consubstanciam esse sistema de repressão e a forma como foi historicamente concretizado e, por assim, adotado no sistema criminal brasileiro.

Em seguida, trazidos os elementos que compõe a dinâmica desse sistema, passa-se a analisar a problemática da questão dogmática quanto a criminalização do uso de drogas. De certo, explora-se, a partir de uma apreciação apropriada sobre a teoria do bem jurídico, como essa específica intervenção penal extrapola as fronteiras entre o Estado e o indivíduo. A tese de John Stuart Mill sobre os limites e as possibilidades da liberdade e autonomia do indivíduo, aliás, é trazida como um importante adendo teórico na construção de um parecer crítico sobre esse cenário de criminalização envolvido com a tratativa da autolesão.

Frente a estas questões pertinentes, intenta-se verificar ao fim deste estudo como as variadas incongruências que preconizam a atual política-criminal de drogas desenvolvem consequências drásticas individualmente e socialmente

para o usuário de drogas ilícitas, estreitando-se tal constatação no contexto do processo de estigmatização e exclusão social do consumidor de drogas.

1. DROGAS, REPRESSÃO E O USUÁRIO

1.1 A LEI 11.343/06 E AS IMPLICAÇÕES DA CONJUNTURA POLÍTICA-CRIMINAL DE COMBATE ÀS DROGAS AO USUÁRIO.

De início, percebe-se que a apreciação do tema não deve estar atrelada, exclusivamente, a um arcabouço dogmático da matéria, até porque a complexidade do assunto traz consigo a necessidade de uma análise dos discursos, das linguagens e dos demais elementos que compõe a sustentação do sistema de repressão contra às drogas, solidificado em diversos países, inclusive no Brasil que não conseguiu se abster do mesmo. Portanto, a compreensão do cenário brasileiro de combate às drogas, no que se inclui aqui a situação do usuário, vincula-se a uma necessária visualização da história de como se deu o contexto político-criminal mundial com relação às drogas.

Sejam pelas legislações vigentes no decorrer do século XX, seja pela atual Lei de Drogas 11.343 de 2006¹ o discurso proibicionista sempre se mostrou forte nas orientações das políticas internas relativas ao trato das substâncias entorpecentes no Brasil. Tal modelo jurídico-político de combate às drogas, na realidade, visa coadunar de forma harmônica com as orientações político-criminais dos países centrais que se fomentaram mediante a promulgação de tratados e convenções internacionais.²

¹ O Código Penal brasileiro, já previa no seu artigo 281 a proibição de importar, exportar, vender, fornecer, transportar, trazer consigo ter em depósito, guardar, ministrar ou qualquer outra forma que possibilite o consumo de substância entorpecente. Em 1964 foi promulgada a Lei 4.451 que trouxe mudanças para o artigo 281 do Código Penal, na sequência, a matéria foi novamente alterada pelo Decreto Lei nº 385, de 26 de novembro de 1968 e pela Lei 5.726 de 1971. A Lei 6.368 de 1976 surge de uma forma mais consolidada e assim permaneceu até a vigência da atual Lei 11.343/06. (RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas**, comentários penais e processuais. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p.3-4)

² CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, estudo criminológico e dogmático.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.21.

Na década de 50, a droga ainda não era vista como um efetivo “problema” porque ainda não possuía uma importância econômico-política. Assim, tanto nos países centrais, como nos países periféricos o consumo de drogas não gerava, precisamente, uma pertinente “inquietação”, isto porque havia um discurso pertinente de que esse consumo era prática de uma subcultura, ou seja, a droga provinha de um lugar certo e determinado.³

Por exemplo, nos Estados Unidos, nesse período, os opiáceos não eram um assunto de grande preocupação, pois estavam associados aos guetos urbanos (negros e/ou porto-riquenhos); a maconha também recebia o mesmo tratamento. Essa “erva assassina” era vinculada a grupos marginais, fundamentalmente emigrantes mexicanos. Não se distanciando muito desse paradigma, na América Latina, também, a droga estava congregada à ideia de violência, delinquência e às classes mais baixas.⁴

A inquietação com relação às drogas, contudo, começa a emergir no final da década de 50 mediante a difusão dos discursos da Organização Mundial da Saúde e da ONU que trouxeram as primeiras observações com medidas de controle. Surge, assim, a constituição de um discurso ético-jurídico e médico-sanitário de combate às drogas.⁵

Tratar sobre a disseminação dessa repressão política-criminal contra os entorpecentes, em âmbito mundial, implica, inevitavelmente, ver nas ações políticas norte americanas, a partir da década de 60, um vigorante instrumento potencializador do discurso da “guerra às drogas” – *war on drugs*, haja vista as consequências avassaladoras que com ele se desprenderam, tendo como vítima, principalmente, os países latinos americanos.

A abstinência, fundada no paradigma do proibicionismo, tornou-se um ideal a ser seguido pelos norte-americanos.⁶ Para Vera Malagutti, esse período nos EUA⁷ elucida uma preeminência de que a droga deve ser vista como um

³ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução de Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990, p. 30.

⁴ *Ibidem*, p. 29

⁵ *Ibidem*, p. 30.

⁶ ESCOHOTADO, Antonio. **Historia general de las drogas**. Madrid: Alianza Editorial, 1998, p. 380. In: LEMOS, C. **A Outra História da Guerra às Drogas**: Contribuições da Oitava Tese de Walter Benjamin. Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, Rio de Janeiro, vol. 7, n. 3, 2015, p. 564.

⁷ Rosa del Olmo explica que o início dos anos 60 contribuiu para a efetivação de uma política de drogas mais austera justamente porque se inicia o período da rebeldia juvenil, da chamada

inimigo perigoso, e o poder público não pode se abster em combatê-la. Há, portanto, um poderoso discurso mediante o qual se associa o consumo de drogas ilícitas com uma grande parte dos sintomas sociais:

Nos Estados Unidos, conflitos econômicos foram transformados em conflitos sociais que se expressaram em conflitos sobre determinadas drogas. A primeira lei federal contra a maconha tinha como carga ideológica a sua associação com imigrantes mexicanos que ameaçavam a oferta de mão de obra no período da Depressão. O mesmo ocorreu com a migração chinesa na Califórnia, desnecessária após a construção das estradas de ferro, que foi associada ao ópio. No Sul dos Estados Unidos, os trabalhadores negros de algodão foram vinculados a cocaína, criminalidade e estupro, no momento de sua luta por emancipação. O medo do negro drogado coincidiu com o auge dos linchamentos e da segregação social legalizada.⁸

Evidentemente que tal raciocínio de repressão⁹ não conseguiu se manter dentro das fronteiras norte-americanas. Com o governo de Richard Nixon, entre 1969 e 1974, os Estados Unidos passaram a enquadrar a droga não apenas como um inimigo interno, mas também como um inimigo externo a ser combatido:

“contracultura’, das buscas místicas, dos movimentos de protesto político, das rebeliões dos negros, dos pacifistas [...]”. Havia, assim, um movimento que repudiava o “ ‘American way of life’ dos anos anteriores, mas sobretudo, era o momento do estouro da droga e também da indústria farmacêutica nos países desenvolvidos. Surgiam as drogas psicodélicas como o LSD com todas as suas implicações, e em meados da década aumenta violentamente o consumo de maconha, já não só entre os trabalhadores mexicanos, mas também entre os jovens de classe média e alta. ” (OLMO, 1990, *ibidem*, p. 33)

⁸ BATISTA, Vera Malagutti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.81.

⁹ Tal raciocínio norte-americano se consubstanciou a partir da implementação de “uma série de leis severas, como por exemplo o *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act*, o *Controlled Substances Act*, o *Racketeer Influenced and Corrupt Organization Statute*, ou o *Continuing Criminal Enterprise Statute*. Ao mesmo tempo, se criaria toda uma série de escritórios federais até culminar com o surgimento, em 1973, da *Drug Enforcement Agency*, posteriormente a *Drug Enforcement Administration* ou DEA, ligada ao Departamento de Justiça, que fundiria vários escritórios federais criados anteriormente para converte-se no organismo responsável pela coordenação e implementação das funções de informação e investigação relacionadas com a repressão às drogas ilícitas. (OLMO, 1990, Op. Cit., p. 43)

“America's public enemy number one in the United States is drug abuse. In order to fight and defeat this enemy, it is necessary to wage a new, all-out offensive”.¹⁰

Em um primeiro momento, a ênfase da política de drogas no governo do ex-presidente americano estava inicialmente atrelada à tentativa de se implementar na opinião pública que drogas como a heroína e a cocaína enquadravam-se como a fonte dos problemas sociais -o inimigo interno da nação-, e que, assim, deveriam ser reprimidas da forma mais contundente possível. Contudo, como bem observado por Salo de Carvalho, mesmo que a *war on drugs*, no governo de Nixon, tenha sido iniciada com entusiasmo e empenho o que se viu na época foi uma popularização do consumo de heroína e a criação dos programas de metadona (forma indireta de controlar e legalizar o consumo). O inimigo interno, assim, passou a ser projetado ao exterior¹¹.

Em outras palavras: o consumo de drogas ainda se manteve intenso entre o povo americano, mesmo diante da deflagração de políticas de repressão, de modo que com a necessidade da manutenção do discurso de “demonização” das drogas passou-se a promover a responsabilização dos países marginais pelo consumo interno de drogas nos EUA: a vitimização do povo americano aplacou a culpabilização do estrangeiro.¹² A América Latina passou a ser vista como a geradora dessa ameaça que precisava ser contida.¹³

Diante desse contexto houve uma repercussão mais manifesta desse paradigma de repressão, de forma global, a partir do surgimento das três convenções da ONU sobre a matéria: 1) a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961 que revogou as anteriores convenções sobre a matéria, e que foi revista pelo protocolo de 25/03 de 1972; 2) o Convênio Sobre

¹⁰ Nixon, Richard (1971). Remarks About an Intensified Program for Drug Abuse Prevention and Control, 17 de junho. Disponível em: < <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=3047>>. Acesso em: 19.ago. 2017.

¹¹ CARVALHO, 2007, Op. Cit., p.21-22.

¹² *Ibidem*, p.22.

¹³ Segundo explicação de Noam Chomsky, o Governo Bush a partir de 1989, seguindo a convenção estabelecida pelo ex-presidente Nixon, interpôs a preeminência de que a defesa contra a ameaça das drogas deveria gerar um espírito “marcial” adequado na população norte americana que promoveria “rédeas livres” aos seus governantes. Nesse sentido, tendo como finalidade desviar a atenção do poder e de suas operações, a ameaça e o perigo das drogas eram vistos no outro, e não neles, de modo que esse “outro” deveria ser suficientemente fraco para ser atacado sem gerar qualquer ônus: a ameaça estava, assim, situada no terceiro mundo. (CHOMSKY, Noam. **Contendo a democracia**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Editora Record, 2003, p.151)

Substâncias Psicotrópicas de 1971; 3) Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas de 1988 (Convenção de Viena).

Luis Carlos Valois, entretanto, assevera que a imperatividade desse arcabouço de convenções “marca a morte da soberania dos países com relação às drogas”, isso porque, a estrutura burocrática internacional “de comitês e subcomitês se consolida a ponto de acabarem-se os debates prévios a cada convenção, pois a partir de então, o comitê respectivo já traria um esboço de tratado devidamente aprovado pelo burocrata de plantão”, assim:

Nada de científico foi considerado na história da proibição das drogas, mas somente interesse econômicos somados a concepções policiais e morais.¹⁴

Idealiza-se nessas convenções que a guerra às drogas é uma medida imperiosa para conter o caos, e assim manter a defesa social, que se emerge pelo consumo de entorpecentes¹⁵.

Observa-se, já nas linhas iniciais da Convenção de 1971, a preponderância da vinculação do uso de drogas com uma desestabilização do bem-estar da humanidade associada a um conceito de saúde pública:

As partes, preocupadas com a saúde e o bem-estar da humanidade; Observando, com preocupação, os problemas sociais e de saúde-pública que resultam do abuso de certas substâncias psicotrópicas; Determinadas a prevenir e combater o abuso de tais substâncias psicotrópicas; Determinadas a prevenir e combater o abuso de tais substâncias e o tráfico ilícito a que dão ensejo; Considerando que as medidas rigorosas são necessárias para restringir o uso de tais substâncias aos fins legítimos; Reconhecendo que o uso de substâncias psicotrópicas para fins médicos e científicos é indispensável e que a disponibilidade daquelas para esses fins não deve ser indevidamente restringida; Acreditando que medidas eficazes contra o abuso de tais substâncias requerem coordenação e ação universal; Reconhecendo a competência das Nações Unidas no campo do controle de substância psicotrópicas e desejosos de que os órgãos

¹⁴ VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal das Guerra às Drogas**. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo: IBCCrim, p. 1, nº286, set. 2016.

¹⁵ LEMOS, 2015, Op. Cit., p. 568.

internacionais interessados se situem dentro do âmbito daquela Organização; Reconhecendo a necessidade de uma convenção internacional para a consecução de tais objetivos, Convieram no seguinte [...] ¹⁶

A Convenção de 1988, ainda, demonstra preocupação com os possíveis efeitos perversos que o consumo de drogas gera na economia de uma sociedade:

Profundamente preocupadas com a magnitude e a crescente tendência da produção, da demanda e do tráfico ilícitos de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, que representam uma grave ameaça à saúde e ao bem-estar dos seres humanos e que têm efeitos nefastos sobre as bases econômicas, culturais e políticas da sociedade; Profundamente preocupadas também com a sustentada e crescente expansão do tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas nos diversos grupos sociais e, em particular, pela exploração de crianças em muitas partes do mundo, tanto na qualidade de consumidores como na condição de instrumentos utilizados na produção, na distribuição e no comércio ilícitos de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, o que constitui um perigo de gravidade incalculável. Reconhecendo os vínculos que existem entre o tráfico ilícito e outras atividades criminosas organizadas, a ele relacionadas, que minam as economias lícitas de ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados; Reconhecendo também que o tráfico ilícito é uma atividade criminosa internacional, cuja supressão exige atenção urgente e a mais alta prioridade. ¹⁷

O Brasil tendo ratificado tais convenções, e aceitando, assim, o padrão punitivista para o trato da questão das drogas, começa um processo de regularização (criminalizadora) sobre a situação dos produtores, comerciantes e consumidores dos selecionados entorpecentes tornados como ilícitos, a partir de uma perspectiva de segurança pública, inicialmente com a Lei 5.726/71 e depois

¹⁶ BRASIL. **Decreto nº 79.388, de 14 de março de 1977.** Promulga a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-79388-14-marco-1977-428455-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 30.ago. 2017.

¹⁷ BRASIL. **Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991.** Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm> Acesso em 30.ago. 2017.

com a Lei 6.368/76 que representa a dimensão inicial do modelo oficial de repressivismo brasileiro contra às drogas, amparado pelo discurso jurídico-político bélico.¹⁸

Mesmo diante da comprovação de que os seus resultados se tornaram adversos aos seus objetivos, a política de drogas no Brasil, rediscutida de forma impetuosa no Congresso Nacional a partir da década de 90¹⁹, reformulada pelo advento da Lei 10.409/02, e em seguida pela Lei 11.343/06, demonstra na atualidade uma maior potencialização do proibicionismo que subalterniza a perspectiva da saúde pública às suas ações programáticas²⁰, ou como bem mostra Salo de Carvalho:

Embora perceptíveis substanciais alterações no modelo legal de incriminação, notadamente pelo desdobramento da repressão ao comércio ilegal em inúmeras hipóteses típicas e pelo processo de descarcerização da conduta de porte para uso pessoal, é possível afirmar que a base ideológica da Lei 11.343/06 mantém inalterado o sistema proibicionista inaugurado com a Lei 6.368/76, reforçando-o. Neste sentido, a lógica discursiva diferenciadora iniciada na década de 70 é consolidada no novo estatuto, em detrimento de projetos políticos alternativos (descriminalizadores) moldados a partir das políticas públicas de redução de danos.²¹

É nesse contexto de prerrogativas de mudanças, consubstanciadas na ratificação da identidade histórica da política criminal de drogas no Brasil, desde o advento da Lei 6.368/76, que surge a Lei 11.343 de 2006. Portanto, a situação atual do usuário/consumidor com a nova Lei de drogas encontra-se, justamente, na potencialização da obsessão repressiva contra o comércio ilegal e a produção das drogas classificadas como ilícitas, em conjunto com a idealização da pureza e da normalidade representada socialmente pela persuasão do ideal de abstinência.²²

¹⁸ CARVALHO, 2007, Op. Cit., p.22.

¹⁹ *Ibidem*. p.61.

²⁰ BRITES, Cristina Maria. **Política de Drogas no Brasil**: usos e abusos. *Drogas no Brasil*. Entre a saúde e a justiça proximidades e opiniões. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2015, p. 122.

²¹ CARVALHO, 2007, Op. Cit, p.71

²² *Ibidem*. p. 71.

Hoje, portar drogas com o intuito apenas de consumi-la é enquadrado no art. 28 da Lei 11.343/06²³ como uma conduta criminosa tipificada que, ao contrário da Lei 6.368/76²⁴, não guarda um cunho punitivo encarcerador, mas submete o agente a penas restritivas de direitos e medidas de segurança atípicas, quais sejam: I) advertência sobre os efeitos da droga; II) prestação de serviços comunitários; III) medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo; IV) multa e admoestação verbal caso o agente se recuse, injustificadamente, a cumprir as penas que lhe foram impostas.

²³ Artigo 28 da Lei 11.343/06: “Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º As mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.” (BRASIL. **Lei 11.343/06, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 30.ago. 2017)

²⁴ Assim determinava o Art. 16 da revogada Lei 6.368/76: “Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.” (BRASIL. **Lei 6.368/76, de 21 de outubro de 1976**. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm> Acesso em: 30.ago. 2017)

Ressalta-se que, muito embora haja em parte da doutrina a ideia de que a mudança legislativa trouxe consigo a descriminalização do ato de consumir drogas, sendo, portanto, uma infração *sui generis*²⁵, o consenso é de que a essência penal do delito em questão não foi suprimida. Por exemplo, Paulo Rangel e C.R. Bacila argumentam que mesmo nos casos onde lhe for imputado apenas uma advertência, o usuário se submete a uma sanção, pelo fato de ser coagido em comparecer perante o magistrado:

Assim, não entendemos, pois, nos tempos atuais em que o tempo é valioso, levar uma pessoa a um órgão público para que ela seja advertida formalmente não é pouco, principalmente se a advertência tiver uma certa duração (...). A medida de advertência que será realizada pelo Magistrado e que deve constar em termo pode ser preparada sob a forma de aula, podendo contar com a participação de profissionais especializados (pedagogo (a), assistente social, psicólogo, psiquiatra etc).²⁶

A corte suprema no Brasil, inclusive, assentou em 2007, no Recurso Extraordinário 430.105²⁷, que a supressão da pena privativa de liberdade, relativa ao porte de drogas para consumo pessoal, não descaracterizada a natureza penal dessa tipificação:

1. O art. 1º da LICP que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII).
2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30).
3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se

²⁵ Como por exemplo, Luiz Flávio Gomes (GOMES, Luiz Flávio. **Lei de drogas comentada**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.147)

²⁶ RANGEL; BACILA, 2015, Op. Cit., p. 47-48.

²⁷ Ao contrário do que vinha defendendo, sem razão, por exemplo Luiz Flávio Gomes (2007, Op. Cit., p.47.).

pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou *abolitio criminis* (C.Penal, art. 107).²⁸

Portanto, coaduna-se com a perspectiva de que a substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direito em favor do usuário de drogas não retirou a criminalização de tal ato.

A julgar pelas observações até aqui expostas há de se sobrelevar que a atual política de repressão às drogas concebe um arcabouço sistemático de potentes paradigmas de caráter legitimador.

Tais discursos visam, portanto, o mantimento da autorização de uma fortificada política de repressão que está calcada em um esforço de se potencializar a proteção social, na medida em que reduz o consumo e promove implicações positivas tanto na saúde pública quanto na segurança pública, como consequência.²⁹

No que pese tais argumentos, a partir de agora se analisará as possíveis incongruências, que se emergem em desfavor da dogmática penal, quanto a premissa da saúde pública como um bem jurídico que carece de uma intervenção penal.

²⁸ (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento do Recurso Extraordinário 430.105**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 13/02/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo465.htm#transcricao1>>. Acesso em: 17. set. 2017).

²⁹ LEMOS, 2015, Op. Cit., p. 568

2. O USO DE DROGAS E A LIBERDADE HUMANA

2.1 A AUTOLESÃO DO USUÁRIO DE DROGAS E A TEORIA DO BEM JURÍDICO COMO LIMITE À INTERVENÇÃO PENAL

No capítulo anterior demonstrou-se, brevemente, como a atual política criminal de combate às drogas no Brasil coaduna fortemente com os discursos e as premissas mundialmente defendidas, e, portanto, ratificadas em convenções internacionais. Intenta-se, a partir de agora, realizar uma análise crítica quanto ao fundamento da legitimação dessa intervenção repressiva contra às drogas, ou em outras palavras, demonstrar criticamente a questão do bem jurídico que se conjectura em tutelar penalmente com o ato de consumir drogas.

O Direito Penal, ramo do Direito Público, funda-se na concretização do controle social, mediante a regulação da relação dos indivíduos em sociedade, e da relação destes com a sociedade.³⁰ Por outro lado, essa visão clássica, que atrela o Direito Penal como a consubstanciação de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado³¹, encontra respaldo na compreensão de que há um conjunto de valorações e princípios que orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais.³²

Não cabe aqui trazer à tona todas as características que norteiam o Direito Penal. Mas certo é que há, atualmente, uma prerrogativa da qual ele não pode se desincumbir: a noção democrática de Estado de Direito.

A partir da segunda metade do Século XX, as disposições constitucionais passaram a ter uma força jurídico-normativa nos países de sistema romano-germânico, de modo que não apenas adquiriram imperatividade, como também foram edificadas como norma jurídica suprema entre todas as fontes do Direito³³. No Direito brasileiro, essa superação de um

³⁰ BITENCOURT, Cezar Robert. **Tratado de Direito Penal**, 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 37.

³¹ MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal**: Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, v.1, p. 27-28.

³² SANTIAGO, Mir Puig, **Derecho Penal Parte General**, 8.ed., Barcelona: Reppertor, 2010, p.42-43.

³³ HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais**. Uma construção à luz da Transição do Estado legislativo ao Estado Constitucional. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p.115-116.

Estado Legislativo³⁴ para um Estado Constitucional desenvolveu-se sob a égide da Constituição Federal de 1988. Surge, assim, o fenômeno da constitucionalização do Direito: irradia-se para todos os ramos do ordenamento jurídico brasileiro as normas e valores constitucionais, com destaque aos direitos fundamentais.³⁵

A doutrina majoritária aduz, nesse contexto, que o Direito Penal passa a existir a partir de uma concepção Democrática de Estado de Direito; um instrumento de controle social que é limitado e legitimado por meio do consenso alcançado entre os cidadãos à luz dos princípios constitucionais.³⁶ Nas palavras de Bitencourt:

Tomando como referente o sistema político instituído pela Constituição Federal de 1988, podemos afirmar, sem sombra de dúvidas, que o Direito Penal no Brasil deve ser concebido e estruturado a partir de uma concepção democrática do Estado de Direito, respeitando os princípios e garantias reconhecidos na nossa Carta Magna. Significa, em poucas palavras, submeter o exercício do *ius puniendi* ao império da lei ditada de acordo com as regras do consenso democrático, colocando o Direito Penal a serviço dos interesses da sociedade, particularmente da proteção de bens jurídicos fundamentais, para o alcance de uma justiça equitativa.³⁷

Portanto, a atuação do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito, inevitavelmente, deve estar delimitada pela prerrogativa da proteção de bens jurídicos fundamentais que se revelam a partir da consecução de um consenso democrático. O fato é que estudar sobre a teoria do bem jurídico nos remete, inevitavelmente, a uma problemática da qual não há como se desincumbir: uma mera convicção moral/social é capaz de justificar constitucionalmente uma norma jurídico-penal?

³⁴ O paradigma do Estado Legislativo teve o seu ápice no século XIX. Fundado em uma concepção filosófica juspositivista, os ideais burgueses de liberdade e igualdade geraram a imposição do “princípio da onipotência do legislador”, estabelecendo, assim, uma subordinação clara do Executivo e do Judiciário à lei. (HACHEM, 2012, Op. Cit., p. 113.)

³⁵ SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009, p. 1. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 1. set. 2010.

³⁶ BITENCOURT, 2013, Op. Cit., p. 42.

³⁷ *Ibidem*, p.42

A complexidade de se conceitualizar o que são bens jurídicos já foi bem alertada por Jorge Figueiredo Dias. De fato, segunda a doutrina do autor, talvez seja inviável uma determinação nítida e segura capaz de se obter um “conceito fechado e apto à subsunção” com o intuito de se delimitar especificamente uma fronteira entre o que “legitimamente pode e não pode ser criminalizado”³⁸. Contudo, mesmo diante dessa implicação, determina bem jurídico como:

Expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo, socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.³⁹

Para Francisco Assis Toledo bens jurídicos podem ser definidos como valores éticos-sociais que o direito seleciona para endossar a paz na sociedade, protegendo-os, assim, de possíveis lesões ou de lesões efetivas por meio da tutela penal.⁴⁰

A definição de Nilo Batista é mais do que relevante. Para ele, o bem jurídico coloca-se como um “sinal da lesividade (exterioridade e alteridade) do crime que o nega”, de forma que revela e demarca a ofensa. Em conformidade com isso, defende ainda que o bem jurídico possibilita “reconhecer o conflito jurídico, pelo extravasamento do âmbito pessoal da liberdade moral e pela introdução do outro”. A alteridade passa a ser, assim, um “pressuposto legal de intervenção penal”⁴¹

Todas essas definições refletem na realidade uma transformação, iniciada a partir do século XVIII, por meio da qual a atuação estatal punitiva começa a desenvolver um arcabouço de freios e contrapesos. Em tal período, tratou-se em justificar, por meio da razão, a função punitiva do Estado, de tal modo que a sua arbitrariedade exteriorizada numa perspectiva de tirania, de excesso (confronto físico, sede de vingança entre o soberano e o condenado)

³⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Temas básicos da doutrina penal**: Sobre os fundamentos da doutrina penal - sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 43.

³⁹ *Ibidem*, p. 43.

⁴⁰ TOLEDO, Francisco Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 16.

⁴¹ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 95.

passou a ser repudiada pelos filósofos e teóricos do direito.⁴² Foucault assevera que “nessa época das luzes” o homem é posto como destaque, algo que traz uma medida, uma baliza ao poder punitivo:

Essa necessidade de um castigo sem suplício é formulada primeiro como um grito do coração ou da natureza indignada: no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua “humanidade”. Chegará o dia, no século XIX, em que esse “homem”, descoberto no criminoso, se tornará o alvo da intervenção penal, o objeto que ela pretende corrigir e transformar, o domínio de uma série de ciências e de práticas estranhas- “penitenciárias”, “criminológicas”. Mas nessa época das luzes, não é como tema de um saber positivo que o homem é posto como objeção contra a barbárie dos suplícios, mas como limite de direito, como fronteira legítima do poder de punir.⁴³

Dessa reforma de concepção surge a preeminência de um Direito Penal mais humano, na medida em que a teoria do bem jurídico se manifesta justamente para circunscrever de forma mais concreta as balizas limitadoras pertinentes ao *ius puniendi* do Estado.

Passando desde as teorias de Feuerbach, Birnbaum e Binding até chegar na concepção de Von Liszt, o conceito de bem jurídico revela-se na história dogmática apenas a partir do século XIX⁴⁴. E é precisamente com Von Listz que o bem jurídico passa a ser designado, precisamente, como um “interesse juridicamente protegido”, vincula-o, portanto, de forma central a estrutura do delito.⁴⁵

A grande pertinência, assim, da sua teoria advém do fato de que os interesses, para ele, são preexistentes ao reconhecimento do Estado. Sublinha que “é a vida, e não o direito que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico.”⁴⁶ Nessa perspectiva, e por todas as concepções aqui trazidas há de se coadunar com as palavras de Bitencourt, no

⁴² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**, nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 71

⁴³ FOUCAULT, 2013, Op. Cit., p. 72

⁴⁴ BITENCOURT, 2013, Op. Cit., p. 43.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 43

⁴⁶ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899. t. 1, p. 93.

sentido de que o conceito de bem jurídico revela-se como um necessário “fio condutor para a fundamentação e limitação da criação e formulação dos tipos penais”.⁴⁷

O uso de drogas e a sua tipificação como delito remonta a uma discussão um tanto quanto complexa que envolve a então teoria do bem jurídico, já sucintamente discutida aqui, e a utilização do Direito Penal como um instrumento que concretiza “meras” convicções morais da sociedade.

Há de se trazer aqui os argumentos trazidos por Luís Greco, ao analisar, criticamente, uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito da constitucionalidade da proibição penal da prática de incesto. A inquietude dele recai sobre os argumentos da decisão que se fundamentou no seguinte sentido: a teoria do bem jurídico não pode por si só deduzir um critério constitucional de limitação do legislador, de modo que, por ser uma norma ética-social culturalmente e historicamente plantada no seio das sociedades, a proibição do incesto, embora viole a autonomia privada das pessoas, evita possíveis consequências para a família, para a sociedade e para as crianças frutos dessas relações.⁴⁸

Ou seja, nitidamente percebe-se a existência, nessa decisão, de um moralismo jurídico-penal, uma tese segundo a qual a imoralidade de um comportamento é uma razão intrinsecamente relevante para incriminá-lo.⁴⁹ Em contrapartida, para além da sua vertente empírica contingente⁵⁰, o liberalismo jurídico-penal, que tem como fundamento a irrelevância da imoralidade de um ato como justificativa para incriminá-lo⁵¹, surge como uma proposição que deveria ser embasada, segundo os ensinamentos de Greco, em uma perspectiva de proteção da autonomia dos indivíduos, e não na teoria do bem jurídico.

⁴⁷ BITENCOURT, 2013, Op. Cit., p. 43.

⁴⁸ GRECO, Luís. **Tem futuro a teoria do bem jurídico?** Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 82, 2010, p. 166.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 172.

⁵⁰ Essa vertente do liberalismo jurídico-penal se limita em questionar a idoneidade do direito penal para proteger a moral. Greco adverte, entretanto, que esse simples questionamento corre o perigo de se ater à verdade de uma proposição empírica, de modo que o liberalismo jurídico-penal passa a ser entregue “tanto às contingências das ciências empíricas e do senso comum, como também, à prerrogativa de avaliação do legislador.” (GRECO, 2010, *Ibidem*, p. 168.)

⁵¹ *Ibidem*, p. 172.

Mas qual seria, portanto, o problema da imersão da teoria do bem jurídico no liberalismo jurídico-penal?

Tendo em vista que essa vertente teórica defende que “o direito penal não pode proteger a moral, porque a sua tarefa se esgota na proteção de bens jurídicos, e a moral não é um bem jurídico”⁵², Greco aduz que o empecilho em se aceitar essa concepção diz respeito a determinação de uma ideia consequencialista do bem jurídico (“não podemos punir um comportamento se ele não atingir um bem jurídico, o que transforma esse comportamento em algo inútil”)⁵³, ou seja:

Numa lógica consequencialista, é simplesmente impossível operacionalizar a ideia de há direitos que operam como trunfos contra qualquer apelo ao bem comum ou como limites colaterais (side constraints) à promoção de qualquer fim, pois tais considerações não consequencialistas, dizem respeito a barreiras que têm de ser respeitadas, e não a consequências que têm de ser maximizadas. Desde uma perspectiva consequencialista, direitos de um indivíduo são no máximo “contra interesses” passíveis de ponderação, que, portanto, só serão respeitados, enquanto os outros não tiverem um interesse suficientemente forte no sentido que esses direitos sejam desconsiderados.⁵⁴

Portanto, a teoria do bem jurídico é incapaz de afastar as “meras” imoralidades do Direito Penal.

A inserção da primazia da autonomia/liberdade do indivíduo no liberalismo jurídico-penal demonstra-se como um evidente resguardo e limitação em uma ingerência indevida do Estado na esfera privada do indivíduo, até porque afasta-se de uma inútil discussão se a proteção da moral pelo Direito Penal deve ser reduzida porque não produz eficácia alguma, e passa-se a apegar em uma prerrogativa de respeito à autonomia e liberdade individual de cada ser humano. Portanto, atos individuais das pessoas em certas esferas, ainda que bem reduzidas, devem ser vistas como intocáveis pelo Estado e, principalmente, pelo Direito Penal.

⁵² *Ibidem*, p. 174.

⁵³ *Ibidem*, p.175.

⁵⁴ *Ibidem*, p.177.

Assim, por esses argumentos, consegue-se concluir no seguinte sentido: recorrer à proteção da autonomia gera uma espécie de entrave contra a fundamentação democrática da tese moralista jurídico-penal, de modo que, pode-se até argumentar que é constitucional a intervenção penal como fomentadora de moralidades, haja vista a competência constitucional do legislador eleito democraticamente, mas ele “não pode tocar no intocável”⁵⁵ - a liberdade de que cada ser humano possui em viver e planejar a sua vida de acordo com os seus critérios pessoais.

2.2 A LIBERDADE HUMANA: LIMITES E POSSIBILIDADES À LUZ DA TESE DE JOHN STUART MILL

Filósofos com uma visão considerada otimista sobre a natureza humana, no sentido de defender a possibilidade de se harmonizar os diversos interesses humanos, como Locke, Adam Smith e Stuart Mill acreditavam que a harmonia social e o progresso eram apenas compatíveis caso se assegurasse uma área onde a autonomia privada pudesse ser absoluta, ou seja, lugar este onde o Estado, e nem mesmo qualquer autoridade pudesse transgredir.⁵⁶

Pela tese de John Stuart Mill esse estudo a partir daqui irá se desenvolver. Os argumentos de Mill sobre a liberdade e autonomia do ser humano são de extrema importância porque possibilitam uma reanálise sobre até que ponto se torna legítima uma aversão e repúdio do Estado contra atos individuais das pessoas, mais especificamente sobre o ato de consumir drogas.

A liberdade individual para Mill deve ser vista como algo sagrado. Na sua famosa obra “On Liberty”, ele inicia os seus argumentos ressaltando que mesmo diante da modernização do Estado e a inserção de regimentos de controle que incumbem aos detentores do poder prestar contas regularmente sobre os seus atos, a liberdade humana ainda assim precisa ser rigorosamente respeitada pelo Estado.⁵⁷

⁵⁵ *Ibidem*, p.178.

⁵⁶ BERLIN, I. **Two Concepts of Liberty**. *Liberty*: Oxford readings in politics and government, New York: Oxford University Press, 1991. p. 38.

⁵⁷ MILL, Stuart. **A liberdade Utilitarismo**. Tradução de Eunice Ostrensky, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 9.

É, portanto, sempre um preceito a ser respeitado. Um alvo a ser seguido. Até porque mesmo em democracias, vistas como consolidadas, há um perigo constante do qual não há como se evitar: a “tirania da maioria” em desfavor da minoria. O diferente daquilo que se idealiza como a normalidade pelo senso comum é oprimido tanto de forma “legitimada” por intermédio dos atos da autoridade pública, ou até mesmo pela imposição da própria sociedade com suas “regras de condutas e de sentimentos dominantes”.⁵⁸

O que Mill intenta no seu ensaio é justamente sustentar um princípio que possibilite “governar absolutamente as relações da sociedade com o indivíduo no que diz respeito à compulsão e ao controle, quer os meios empregados sejam os da força física, sob a forma de penalidades legais, quer a coerção moral da opinião pública.”⁵⁹ Esse princípio externaliza-se na “autoproteção”, ou seja, apenas ela possibilita à coletividade interferir na liberdade de ação de qualquer um:

O único propósito de se exercer legitimamente o poder sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é evitar dano aos demais.

À individualidade deveria caber a parte da vida que interessa basicamente ao indivíduo, e à sociedade? O que caberia a ela? Ora, para Mill cada um receberá aquilo que mais particularmente lhe diz respeito. Caberia assim, à sociedade o que apenas diz respeito a ela.⁶⁰

Nesse sentido, há situações que transcendem à individualidade do indivíduo. Essa sacralização da liberdade individual inerente ao homem é relativizada em oportunidades específicas, de modo que se legitima a autoridade da sociedade sobre o indivíduo.⁶¹ Como já posto de forma ampla, tal situação específica diz respeito, exclusivamente, a circunstâncias mediante as quais há um relevante prejuízo aos outros em sociedade. Esta situação, que mais adiante será melhor analisada, não deve ser, de forma alguma, confundida com

⁵⁸ Sobre isso, Mill aduz que “A sociedade pode executar, e executa, seus próprios mandatos; e se expede mandatos equivocados no lugar dos corretos, ou quaisquer mandatos a respeito de coisas nas quais não deveria interferir, pratica uma tirania social mais temível do que muitas espécies de opressão política, uma vez que, muito embora nem sempre venha sustentada por penalidade extremas, penetra mais profundamente nos detalhes da vida, escraviza a própria alma, deixando poucas vias de fugas.” (Mill, 2000, Op. Cit., p. 10.)

⁵⁹ *Ibidem*, p. 17.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 115.

⁶¹ *Ibidem*, p. 115.

situações onde algum ato do indivíduo venha a “carecer da devida consideração por seu bem-estar, sem no entanto chegar ao ponto de violar algum de seus direitos constituídos.”⁶²

Acredita o filósofo que nesse último caso, onde apenas visualiza-se de forma geral uma violação ao próprio interesse da pessoa, pode-se, “com justiça”, puni-lo pela opinião dominante, mas nunca pela lei.⁶³ Há de ressaltar que tal punição não diz respeito a um tipo de coação paralela àquela positivada pela lei, de forma física. Segundo ele, todos os homens “devem se ajudar uns aos outros para distinguir o melhor do pior, e incentivar-se para escolher o primeiro e evitar o último”, sendo, portanto, um tipo de estímulo para se exercer as mais elevadas faculdades que cada ser humano possui.⁶⁴

Contudo, essa premissa apenas é justificada porque traz como fim a elevação da liberdade humana, caso ela não interfira em algum interesse alheio:

No entanto, ninguém, e nenhum grupo de pessoas, está autorizado a dizer a outra criatura humana madura, que para seu próprio benefício, não faça com sua vida o que escolher fazer dela. Ela é a pessoa mais interessada em seu próprio bem-estar: o interesse que qualquer outro possa ter nesse bem-estar (exceto nos casos de forte ligação pessoal) é insignificante, se comparado ao que ela mesma tem; o interesse que a sociedade tem nela individualmente (exceto quanto a sua conduta em relação a outros) é parcial e totalmente indireto, ao passo que, com respeito a seus próprios sentimentos e sua própria situação, o homem ou mulher mais comum detém meios de conhecimento incomensuravelmente superiores aos que podem possuir todos os outros.⁶⁵

Assim, à luz do ensinamento milleano cada ser humano capaz detém meios apropriados de discernimento para determinar qual a melhor forma de fazer valer os seus interesses pessoais (exercer a sua espontaneidade⁶⁶) determinando, assim, os ditames da sua própria vida.

⁶² *Ibidem*, p. 116.

⁶³ *Ibidem*, p. 116.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 117.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 117.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 118.

Mas qual seria a grande justificativa da imperiosidade atribuída ao ato de se salvaguardar a individualidade humana? Isaiah Berlin, em “Two Concepts of Liberty”, muito bem sintetizando os argumentos de Mill, argumenta que “ao menos que se permita que os homens vivam da forma como desejam ‘no caminho em que meramente os preocupam’, a civilização não conseguirá avançar; a verdade nunca poderia ser trazida à luz; não haveria escopo para a espontaneidade, originalidade, genialidade, para a energia mental e para a coragem moral. A sociedade seria aniquilada pelo peso da ‘mediocridade coletiva.’”⁶⁷

Ora, partindo desta perspectiva o progresso da vida humana apenas se realiza por meio do desenvolvimento das faculdades humanas da “percepção, do juízo, do discernimento, da atividade mental,”⁶⁸ sendo, portanto, um infortúnio à imposição pela coletividade de regramentos costumeiros ao indivíduo com o intuito de obstruir as suas preferências pessoais.⁶⁹

Em resumo: as faculdades humanas devem ser desenvolvidas e cultivadas, o aperfeiçoamento da individualidade garante benefícios de valoração tanto para a própria alma do indivíduo quanto para a sociedade em si: a única força infalível do progresso é a liberdade.⁷⁰ De fato, o grande viés da tese milleana está denotado pela premissa de respeito as subjetividades de cada ser humano. Até porque cada indivíduo possui fontes de prazer distintas, age de forma diversa quanto aos fatos da vida (sensibilidade e empatia), possuem expectativas e perspectivas sobre a vida de forma diferente, e, portanto, ao menos que se preze por essas corriqueiras singularidades cada ser humano fará jus à sua porção de felicidade, içando, assim, a “estatura mental, moral e estética de que é capaz sua natureza”.⁷¹

⁶⁷ No original: [...] unless men are left to live as they wish ‘in the path which merely concerns themselves’, civilization cannot advance; the truth will not, for lack of a free market in ideas, come to light; there will be no scope for spontaneity, originality, genius, for mental energy, for moral courage. Society will be crushed by the weight of ‘collective mediocrity’. [...]” (BERLIN, 1991, Op. Cit., p. 39).

⁶⁸ Mill, 2000, Op. Cit., p. 89.

⁶⁹ Há de se arguir que a sacralização da liberdade humana defendida por ele respalda-se em uma potencialização da impulsividade humana como uma forma de progresso humano. Obviamente, que tendo como óbice a não ingerência ao interesse de terceiros, uma natureza enérgica, nesse sentido, traz mais benefícios do que uma natureza apática, nesses termos: “aquele cujos desejos e impulsos não lhe pertencem não possui nenhum caráter, do mesmo modo como não possui caráter uma máquina a vapor”. (Mill, 2000, *ibidem*, p. 92.).

⁷⁰ *Ibidem*, p. 107.

⁷¹ *Ibidem*, p. 104.

Mas há um limite que deve ser respeitado. Mesmo que uma atitude individual, em princípio, revele-se como uma forma de potencialização das variadas faculdades do homem, e, assim, traga uma valoração a sua alma e alcance o seu quinhão de felicidade, ela será impedida caso afete os interesses alheios, ou seja:

Em resumo, quando houver um dano claro ou um risco claro de dano, seja a um indivíduo, seja ao público, o caso é retirado da província da liberdade, e colocado na província da moralidade ou da lei. Porém, com relação à ofensa simplesmente eventual ou construtiva, por assim dizer, que uma pessoa cause à sociedade sem violar nenhum dever específico para com o público e sem ocasionar dano perceptível a um outro indivíduo além de si mesma, em nome do bem superior da liberdade humana.⁷²

Tal argumento se revela como um interessante embasamento para este estudo. Percebe-se que Mill diferencia uma mera ofensa à sociedade de um dano claro, ou um claro risco de dano à sociedade. No que diz respeito ao uso de drogas, seria essa uma área intocável onde deveria ser respeitada de forma absoluta a individualidade da pessoa, ou, o interesse de terceiros -a saúde pública- é afligido por este ato?

3. AS CONTRADIÇÕES E CONSEQUÊNCIAS DE UMA POLÍTICA DE DROGAS SELETIVA

3.1 A PROBLEMÁTICA DE UM CONCEITO ABSTRATO DE SAÚDE PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DE JUSTIFICAÇÃO DA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS.

Por tudo explanado até aqui, a partir da proposição de que não cabe ao Direito Penal intervir como um instrumento de consubstanciação de meras convicções morais e de que é imperativa a preeminência de um Direito Penal que se perfaz pela noção de um Estado Democrático de Direito, haja vista que a Constituição Federal brasileira estabelece dentre os direitos fundamentais a

⁷² *Ibidem*, p. 125.

serem resguardados (no seu artigo 5º, inciso X) a vida privada da pessoa, passa-se agora a analisar criticamente essa aferição, realizada pelo Estado, em que se sobrepuja a liberdade da pessoa em se autolesionar pelo uso de drogas com o intuito de se salvaguardar um risco ou uma lesão explícita à sociedade.

A lei 11.343/06 ao prever como crime o porte de drogas para consumo próprio determina que tal ato transcende ao âmbito da liberdade humana que deve ser intocável pelo estado, e quanto a isso, o legislador garante que tal ato individual da pessoa aflige a sociedade. Mas o que, e a quem se aflige?

Evidentemente que, como já demonstrado no começo desse estudo, o discurso emergente de combate às drogas está vinculado com a primazia de manutenção do bem-estar e da saúde da humanidade.

Visivelmente não se consegue delimitar individualmente a quem se esteja possivelmente ofendendo. O discurso abrangente é que há um risco para a manutenção da saúde da humanidade, e mesmo que não se consiga “apalpar” uma lesão ou um dano pelo ato de consumir drogas, a intervenção penal, ainda assim, desdobra-se de forma antecipada. Tal tratativa deve ser entendida a partir do movimento de “socialização” dos riscos cuja progressão deu-se com a modernidade.

O período compreendido entre o século XIX e XX propaga uma transmutação da ação humana que por intentar manter o emergido desenvolvimento tecnológico traz, inevitavelmente, situações de risco em âmbito global que, na concepção de Jorge de Figueiredo Dias, são:

“[...] susceptíveis de serem produzidos em tempo e lugar largamente distanciados da acção que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequencia, pura e simplesmente, a extinção da vida”⁷³

As incertezas e as inseguranças passam a dominar o cotidiano das sociedades. A própria globalização surge como um precursor desses sentimentos de forma global. Bauman define esse novo contexto social como uma “nova e desconfortável percepção das ‘coisas fugindo ao controle’, com um “caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão

⁷³ DIAS, 2001, Op. Cit., p. 158.

diretora, de um gabinete administrativo.” Com isso, vislumbra-se a globalização como sendo uma “nova desordem mundial’ com um outro nome.”⁷⁴

Essa sociedade de risco⁷⁵, desenvolvida concomitantemente à sua modernização, demonstra que gera, efetivamente, relevantes influências nos seus variados institutos. Há um encadeamento de cenários de desordem no seio da sociedade contemporânea que geram sentimentos de desconfiança e vulnerabilidade.

Em tal contexto, “surge uma nova criminalidade que vem minando, a todo o momento, estes riscos, criando uma situação de instabilidade contínua”, de modo que “redimensionado pelo medo impulsionado pelos meios de comunicação, surgem novas políticas criminais que tentam a todo o custo controlar o risco imanente a esta sociedade.”⁷⁶

Essa resposta do Direito Penal às exigências da moderna sociedade de risco reporta-se a uma nova forma de controle de crime, de modo que conforme a idealização de Hassemer, o Direito Penal “não mais compreende os bens jurídicos sob o ponto de vista de um perigo individual, mas sob o ponto de vista de um ‘grande transtorno’ colocado em perigo. ” Há uma mudança no âmbito de intervenção penal, o que antes era apenas vinculado a uma “repressão popular” hoje, vislumbra-se uma “prevenção global” realizada pelo direito penal; conclui ele, ainda no sentido de que “a visão jurídico-penal sobre o objeto e a consequência da intervenção amplia-se de modo extraordinário: do caso isolado

⁷⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 67.

⁷⁵ Nas palavras de Hassemer, o Direito Penal, nos últimos anos, distendeu a sua capacidade de intervenção, passando assim: “ [...] a atuar principalmente, nas partes especiais dos Códigos Penais e das legislações especiais criando novas figuras penais ou ampliando os tipos já existentes, fundamentalmente em setores antes não abrangidos pelo Direito Penal, ou, se abrangidos, não com tanto rigor; é o caso do meio ambiente, da economia, do mercado exterior e da criminalidade organizada.” (HASSEMER, Winfried. Crisis y características del moderno derecho penal. **Actualidad Penal**. n. 43, Tradução de Francisco Muñoz Conde, 1993, p. 640.)

⁷⁶ SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira e. **Direito Penal Preventivo e os Crimes de Perigo: uma apreciação dos critérios de prevenção enquanto antecipação do agir penal no direito**. In: COSTA, José de Faria. Temas de Direito Penal Econômico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 252

à ordem sistemática global; do patrimonial ao transtorno no mercado de capitais; da lesão corporal ao perigo à saúde popular.”⁷⁷

Assim, um dos recursos encontrado pelo legislador foi a tipificação dos ditos crimes de perigo abstrato, cujo o objetivo, sumariamente, seria a custódia de interesses supraindividuais⁷⁸. Para Bottini, há uma “[...] prescrição normativa que se restringe à ação”, ao comportamento que está retratado, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores do ato, completamente distinto do que ocorre nos crimes de lesão.⁷⁹

Portanto, na percepção do autor, a antecipação da tutela penal é o elemento de um Direito Penal que gerencia riscos, assim, “[...] não interessa ao gestor de riscos atuar após a ocorrência da lesão, mas antecipar-se a ela, diante da magnitude dos danos possíveis”. Nestas circunstâncias, por se acentuar o papel preventivo do direito, “o tipo penal deve estar dirigido à conduta e não ao resultado. A atividade, em si, passa a ser o núcleo do injusto. A insegurança que acompanha estas condutas e a extensão da ameaça levam o legislador a optar pela norma de prevenção, por meio de descrições típicas que não reconheçam o resultado como elemento integrante do injusto, ou seja, pelos tipos penais de perigo abstrato”.⁸⁰

No caso da conduta tipificada pelo artigo 28 da Lei 11.343/06, a proteção da saúde pública passa a ser identificada como a finalidade dessa forma antecipada de tutela penal, cuja desenvoltura advém, inevitavelmente, da soma das saúdes dos indivíduos. Nesse sentido, o STF já se pronunciou em assertiva, como pode-se observar pelo voto do Relator Ministro Gilmar Mendes,

⁷⁷ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 361

⁷⁸ Bern Schünemann, em meados da década de 70, expõe a conceituação de bem jurídico intermediário espiritualizado. Para ele, seriam, estes, bens supra-individuais com caráter imaterial, os quais desempenham verdadeira função de representação, reclamando uma autonomia e proteção próprias. Assim, considerando-se a difícil visualização, com uma única ação individual, de lesão ou mesmo de uma concreta colocação em perigo, concebe-se uma proteção abstrata; (SCHÜNEMANN, Bernd. **Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits – und Gefährdungsdelikte**. In. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídicos-Penales Supraindividuales**, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 260. In. Giancarlo Silunas. **Da racionalização do poder de punir mediante a criação do conceito de bem jurídico**. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo: IBCCrim, p. 15, nº247, set. 2016.)

⁷⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 111

⁸⁰ *Ibidem*, p. 119.

mediante o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 que avalia a inconstitucionalidade do crime de porte de drogas para consumo próprio.⁸¹

Há de se considerar que a posição do relator, no seu voto, revela-se como uma tentativa de se coadunar com a atual tendência criminológica e político-criminal internacional contemporânea de redução de danos.⁸² Ele alerta sobre os frustrantes resultados desanimadores que estigmatizam o usuário, e assim, distanciam-se do real objetivo que deveria incumbir o sistema nacional político sobre as drogas:

Na prática, porém, apesar do abrandamento das consequências penais da posse de drogas para consumo pessoal, a mera previsão da conduta como infração de natureza penal tem resultado em crescente estigmatização, neutralizando, com isso, os objetivos expressamente definidos no sistema nacional de políticas sobre drogas em relação a usuários e dependentes, em sintonia com políticas de redução de danos e de prevenção de riscos já bastante difundidas no plano internacional.⁸³

Materializando os argumentos trazidos até aqui, Jacson Zilio alega que a função declarada de proteção à saúde pública se revela como uma problemática à dogmática penal, justamente porque o conceito de “saúde pública” é pouco claro para especificar o conteúdo do bem jurídico, isso é, o conceito de bem jurídico deve possuir um conteúdo expressivo, assim:

Um concepto abstracto y vacío de contenido como el de “salud pública” es expresión de um funcionalismo extremo em Derecho Penal, que no cumple con la importante encomenda de contención del poder punitivo”.⁸⁴

Nesse sentido, evidenciará a partir daqui como essa falta de clareza sobre o que realmente se está protegendo na criminalização do uso de drogas,

⁸¹ (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento do Recurso Extraordinário 645.659**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 19/08/2015. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=635659&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> >. Acesso em: 30. set. 2017).

⁸³ *Ibidem*, p.18

⁸⁴ ZILIO, Jacson Luiz. **El Derecho Penal de Las Drogas**. *Revista Critica Penal y Poder*, Barcelona, n.3, p. 104-120, set. 2012. P.106.

além de coibir a autonomia/liberdade do usuário, revela incongruências injustificáveis que acarretam em consequências drásticas sociais de exclusão social e estigmatização.

3.2 OS REAIS EFEITOS DA DROGA E O PARADIGMA DA DEPENDÊNCIA

A busca pela felicidade ou por artifícios de prazer pelo homem, mesmo que de forma singela, afirma uma tentativa de se desvencilhar de uma estrutura de mal-estar inerente à coletividade. Freud já argumentava no sentido de que há de se perceber três formas tradicionais praticadas pelos seres humanos a fim de obstar o sofrimento e alcançar a felicidade: poderosas diversões, gratificações substitutivas e substâncias inebriantes⁸⁵. Quanto a esta última forma, ele identifica como sendo uma técnica que gera alterações psíquicas na pessoa com intuito de trazer uma indiferença, uma fuga, quanto às dores da civilização:

O serviço dos narcóticos na luta pela felicidade e no afastamento da miséria é tão valorizado como benefício, que tanto indivíduos como povos lhe reservaram um sólido lugar em sua economia libidinal. A eles se deve não só o ganho imediato de prazer, mas também uma parcela muito desejada de independência em relação ao mundo externo. Sabe-se que com ajuda do 'afasta-tristeza' podemos nos subtrair à pressão da realidade a qualquer momento e encontrar refúgio num mundo próprio que tenha melhores condições de sensibilidade.⁸⁶

As substâncias inebriantes, assim, em comparação com outras formas de se buscar a felicidade, trazem “sensações imediatas de prazer” que mudando as condições de sensibilidade do indivíduo impedem que ele acolha impulsos desprazerosos.⁸⁷

⁸⁵ As poderosas diversões revelam-se na concepção freudiana como uma forma eficaz de “que nos permitem fazer pouco da nossa miséria”, seriam variadas distrações, formas distintas de prazer, como por exemplo a produção de alguma obra científica por um pesquisador. Em contrapartida, as gratificações substitutivas “diminuem a nossa miséria” de felicidade, seriam, assim, ilusões face a realidade, como por exemplo o admirar de uma obra de arte. Freud destaca que o papel da fantasia na vida real é relevante como uma forma de busca da felicidade pelo homem. (FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011, p. 20.)

⁸⁶ *Ibidem*, p. 22.

⁸⁷ *Ibidem*, p.22

Marildo Menegat certifica isso avocando a perspectiva de Nietzsche e de Walter Benjamin a respeito disso: vê-se na experiência com as drogas uma formação essencial da cultura, um momento de embriagues, dionísico, onde celebra-se com entusiasmo o contato estreito com a natureza, “sem a ela retornamos”.⁸⁸ Uma fuga que cura a alma; “desmontando-se da garupa do real” o indivíduo encontra a máxima potência da felicidade.⁸⁹

É uma prática histórica. A fuga da realidade por meio de substâncias entorpecentes sempre foi experimentada.⁹⁰

Em especial, na América do Sul, a Ayahuasca⁹¹, por exemplo, tem sido utilizada milenarmente⁹² pelas populações tradicionais da região amazônica brasileira e andina. O uso desse chá⁹³ com propriedades psicoativas possui diversas finalidades, das quais podemos destacar: o diagnóstico e cura de doenças; práticas xamânicas; preparação para guerra; curandeirismo e outras atividades próprias de cada comunidade tradicional latina.⁹⁴

Assim, seja para recreação ou até mesmo para práticas religiosas ou culturais, a utilização de substâncias psicoativas é algo concreto na sociedade.

O fato é que, como já comentado anteriormente, a política de combate às drogas personifica uma gestão de repressão, com viés de controle, onde defendendo uma prerrogativa de proteção ao bem-estar da sociedade e da sua saúde delimita com rigorosidade quais substâncias são consideradas ilícitas e

⁸⁸ MENEGAT, Marildo. **Estudos Sobre Ruínas**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2012, p. 167

⁸⁹ *Ibidem*, p. 169-171.

⁹⁰ Menegat nos recorda sobre um curioso exemplo no *Canto IV da Odisséia de Homero*, que demonstra a existência dessa experiência com drogas desde os primeiros passos da cultura ocidental. Helena decide servir um vinho com especiarias orientais que leva “ao sono e ao sonho” diante de uma forte emoção que paira sobre todos quando Ulisses é relembando, e a possibilidade da sua morte é sentida aos “prantos vulcânicos” por Telêmaco, seu filho, e por Menelau, marido de Helena. (*Ibidem*, p. 167)

⁹¹ Ayahuasca é um termo quéchua (ou quíchua), língua falada nos altiplanos andinos cuja etimologia é: *Aya* – persona, alma, espírito, muerto; *Waska* – cuerda, enredadera, parra, liana, que poderia ser entendida, por exemplo, como “trepadeira das almas”. (SANTOS, Rafael Guimarães dos. **Efeitos da Ingestão de Ayahuasca em Estado Psicométricos Relacionados ao Pânico, Ansiedade e Depressão em Membros do Culto do Santo Daime**. 2006. Dissertação (Mestrado em Psicologia), Universidade de Brasília, UnB, Brasília, 2006. p.19).

⁹² OLIVEIRA, Isabela Lara. **Breve histórico da Ressignificação da Ayahuasca na Religião Santo Daime**. *Interthesis*, Florianópolis, v.7, n.2, p.316-342, jul/dez. 2010.

⁹³ Em resumo, “a Ayahuasca é obtida pela decocção *Banisteriopsis caapi* e da folha *Psychotria viridis*. Entretanto, outras plantas com propriedades químicas semelhantes são utilizadas na formação da bebida.” (*Ibidem*, p. 319)

⁹⁴ *Ibidem*, p.319.

quais, mesmo gerando uma alteração psíquica na pessoa permanecem como lícitas.

A problematização que se evidencia é da existência de uma imprecisão e da falta de uma fundamentação científica tangível que possa justificar a ilicitude de certas drogas e a licitude de outras drogas. Nesse sentido, Maria Lucia Karan:

Tornando ilícitas algumas dessas drogas e mantendo outras na legalidade, as convenções internacionais e leis nacionais, como a brasileira Lei 11.343/2006, introduzem, assim, uma arbitrária diferenciação entre as condutas de produtores, comerciantes e consumidores de umas e outras substâncias: umas constituem crime e outras são perfeitamente lícitas; produtores, comerciantes e consumidores de certas drogas são “criminosos”, enquanto produtores, comerciantes e consumidores de outras drogas são perfeitamente respeitáveis, agindo em plena legalidade. Esse tratamento diferenciado a condutas essencialmente iguais é inteiramente incompatível com o princípio da isonomia, que determina que todos são iguais perante a lei, não se podendo tratar desigualmente pessoas em igual situação.⁹⁵

Essa arbitrária diferenciação de ilicitude e licitude de substâncias, para Douglas Husak advém, propriamente, da inconsistência do que seria, ou o que se deveria ser criteriosamente considerado ou configurado como droga, pois, na maioria dos ordenamentos jurídicos, muitas vezes, assemelha-se a ilicitude com a própria definição de droga.⁹⁶ Portanto, o autor defende que a determinação se uma substância é uma droga ou não deveria depender exclusivamente nas suas propriedades farmacêuticas e na forma como isso afeta a pessoa que a usa. Assim:

Opiates and cocaine were not suddenly transformed from nondrugs into drugs in the early part of the 20th century, when the state first began to punish people for using them. Moreover, if we decide to allow people to use a drug, it does not magically become something other than a

⁹⁵ KARAN, Maria Lucia. **Dez anos da Lei 11.343/2006**, dez anos da falida e danosa política proibicionista de “guerra às drogas”. Revista Liberdades, Ed. 22. Maio/agosto 2016. p.18-19.

⁹⁶ Para husak essa falta de clareza na definição do que é droga e o que legítima a sua ilicitude influi numa deslegitimidade dos critérios emergentes da atual política de criminalização das drogas. (HUSAK, Doug; MARNEFFE, Peter de. **The Legalization of Drugs: for and against**, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 14-15.)

drug at the moment its use is permitted. U.S Food and Drug Administration (FDA) approval does not transform drugs into nondrugs.⁹⁷

Essa desconexão de sentidos traz, com clareza, a certeza que a palavra droga não pode e não consegue trazer um conceito apropriado, tendo em vista que é utilizada de uma maneira genérica “para incluir toda uma série de substâncias muito distintas entre si” que supostamente possuem uma capacidade comum de modificar e alterar as condições físicas e psíquicas da pessoa; e além disso, a inconsistência da sua definição aumenta mais quando se está diante da não inclusão de outras substâncias “permitidas” que mesmo gerando alterações psíquicas e físicas no indivíduo não são abarcadas por essa conceitualização.⁹⁸

A legislação brasileira confirma tal incongruência, já que a ilicitude se configura quando substâncias entorpecentes, psicotrópicas e precursoras causam dependência física ou psíquica no indivíduo que as utilizam.⁹⁹

Mas quem determina de forma criteriosa qual substância gera dependência e qual não gera? O artigo 1º, § único, da Lei 11.343/06 estabelece que essa especificação se dá mediante a lei ou mediante ato administrativo do Poder Executivo.¹⁰⁰

⁹⁷ *Ibidem*, p. 15.

⁹⁸ OLMO, 1990, Op. Cit., p. 22.

⁹⁹ O artigo 66 da Lei 11.343/06 define que: “Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.” (BRASIL. **Lei 11.343/06, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 30.ago. 2017)

¹⁰⁰ O artigo 1º, § único, da Lei 11.343/06 assim prescreve: “Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.” (BRASIL. **Lei 11.343/06, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 30.ago. 2017)

Atualmente, a lista das substâncias consideradas propícias a desencadear a dependência, física e psíquica, e que exigem um controle especial (incidência dos dispositivos da Lei 11.343/2006), está enunciada na Portaria 344, de 12 de Maio de 1998, atualizada pela Resolução RDC nº 39, de 09/07/2012, emitida pela Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

Ou seja, tem-se evidenciado um dos paradigmas que norteiam a política criminal contra as drogas: a relação obrigatória entre o consumo e a dependência, e por conseguinte a destruição da saúde do indivíduo. Mas o que seria dependência?

A dependência é tratada hoje como uma doença crônica. Renato Filev, Doutor em Neurologia e Neurociência, assim a descreve:

[...] é caracterizada como um distúrbio comportamental crônico em que o indivíduo perde o controle na busca e obtenção da substância, mesmo em decorrência do aparecimento de sintomas negativos relacionados à ausência (abstinência) da droga no organismo (como ansiedade, irritabilidade, estresse...). Outra característica das dependências é a presença do relapso ou da recaída.¹⁰¹

Há um consenso de que as características de dependência são variadas e estão fundadas em elementos “biopsicossociais do indivíduo.”¹⁰² Focalizando nos fatores biológicos, Filev aduz que se deve observar a “[...] hereditariedade genética e epigenética, nas alterações neurobiológicas como a plasticidade neuronal cerebral, no tipo da substância utilizada, no metabolismo de depuração hepática destas substâncias, nas características individuais do sistema relacionado ao estresse e de resiliência a este”.¹⁰³

Em conjunto com estes fatores, intervém, também, elementos contextuais do indivíduo (psicossociais), dos quais podemos mencionar: a quantidade e o modo de administração da substância; o ambiente de uso, assim como a “vulnerabilidade e carência de outras necessidades para além das

¹⁰¹ FILEV, Renato. **Como você se comporta? Dilemas sobre as dependências de substâncias.** *Drogas no Brasil.* Entre a saúde e a justiça proximidades e opiniões. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2015, p. 104.

¹⁰² *Ibidem*, p. 105

¹⁰³ *Ibidem*, p. 105

drogas”; situações de miséria; violência física, sexual e psicológica, entre outros inúmeros agentes.¹⁰⁴

O fato é que apenas uma minoria dos usuários de substâncias entorpecentes geram esse comportamento crônico de vício, e por mais, comparando-se esse nível de dependência entre as substâncias lícitas e ilícitas se consegue perceber que o paradigma da vinculação imprescindível entre dependência e drogas ilícitas é potencialmente relativizado. Por exemplo, tem-se que um em cada cinco usuários de cocaína gera dependência; um em cada seis para álcool, e um em cada onze usuários de maconha pode se tornar dependente dessa droga. Aliás, a nicotina, presente no tabaco, em comparação com essas substâncias citadas é a mais aditiva: um em cada três usuários tornam-se dependentes.¹⁰⁵

De todo modo, a relação entre causa (uso de drogas) e efeito (dependência) depende de vários aspectos, tanto no caso das drogas lícitas como nas ilícitas.¹⁰⁶

Complementando essa constatação, uma pesquisa realizada pela FPA/RLS (*Drogas lícitas e ilícitas: proximidades e opiniões*), em dezembro de 2013, constatou que usuários de drogas lícitas (ausentes na listagem da Portaria 344, de 12 de Maio de 1998) apresentam mais sintomas de abstinência do que os próprios usuários de drogas ilícitas. Quase a metade dos usuários de tabaco entrevistados sentem ansiedade ou preocupação por não ter a substância (55,5%) ou já tentaram parar e não conseguiram (54,5%). Para os usuários de álcool essa tormenta é de 20,6%, e 23,1% já tentaram parar, mas não conseguiram. Em comparação, os usuários de drogas ilícitas apresentam essa aflição de forma bem menos acentuada: 10,5% dos usuários de maconha já tentaram parar e não conseguiram, enquanto 9,7% sentiram ansiedade por não possuir a substância, e ainda, entre os usuários de cocaína, essas preocupações atingem 4,2% e 5,2%, respectivamente. E por fim, entre os usuários de crack a proporção daqueles que já tentaram parar, mas não conseguiram é de 2,1%, e

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 105

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 105

¹⁰⁶ ZILIO, 2012, Op. Cit., p. 107-108.

3,2% é a porcentagem daqueles que sentiram ansiedade por não possuir a substância.¹⁰⁷

Esses dados demonstram, inclusive, uma relativização da aceção criada entorno das drogas ilícitas “pesadas”. Nesse sentido, Alexis Albrecht atenta que pesquisas recentes, na Alemanha, constataram que a heroína, por exemplo, em condições apropriadas para uso não gera efeito de dependência ou de vício que promova a impossibilidade de uma vida cotidiana e profissional, podendo ser comparada, assim, ao álcool e à nicotina, nestes termos. Aliás, os mesmos estudos científicos relataram que a heroína não gera lesões nos órgãos ou impulsiona fatores cancerígenos no organismo do usuário, ao contrário do álcool e da nicotina.¹⁰⁸

Por estes argumentos, reconhece-se a debilidade do pressuposto de dependência como fundamento da justificação de ilicitude de certas substâncias pelo nosso ordenamento pátrio. Esse paradigma (consumo-dependência), de viés de legitimação, remonta a distância que a imagem criada pela política de repressão às drogas está da realidade.¹⁰⁹

Há, portanto, graves consequências nesse discurso que determina a atual política de drogas. O fato de se ter um pré-conceito subjetivo na afirmação de que “a droga é uma substância que induz dependência”, torna-se inelutável a presença de uma carga “anímica negativa” que se manifesta na disseminada ideia de que todo indivíduo que tiver alguma forma de contato com drogas ilícitas inicia um processo de dependência.¹¹⁰ Daí que essa demonização do usuário gera um processo (potencializado principalmente pelos meios de comunicação) de estigmatização seletiva.

Baratta, a esse respeito, mostra que a mídia condiciona uma percepção seletiva da imagem sobre a problemática do consumo de drogas, inclusive,

¹⁰⁷ FILEV, 2015, Op. Cit., p. 109.

¹⁰⁸ ALBRECHT, Alexis Peter. **Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.515.

¹⁰⁹ ZILIO, 2012, Op. Cit., p. 10

¹¹⁰ RIBEIRO, Maurindes de Melo. **Afinal, o que é droga?**. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo: IBCCrim, p. 1, nº151, jun. 2005.

influindo o discernimento tanto dos operadores do direito penal, como dos especialistas e estudiosos sobre drogas. Assim:

A su vez, los expertos y los científicos, así como las instancias de la justicia penal, em sus actitudes y, comportamientos están influenciados por la selección de las informaciones efectuadas por los medios de comunicación. Esta selección condiciona la percepción selectiva de la realidad, a la que no escapa la misma actitud científica en el análisis del problema de la droga; es decir, la selección de la hipótesis a verificar, de los factores a considerar y de sus interrelaciones, de los métodos y del mismo marco teórico y conceptual de las investigaciones.¹¹¹

Nesse mesmo sentido, argui Rosa del Olmo:

Estas representaciones terminan orientando la toma de decisiones tanto del ciudadano como del funcionario del Estado, pero también se utilizan acriticamente para alimentar la construcción del discurso científico.¹¹²

O grande exemplo vivenciado intensamente pelo Brasil nos últimos anos é, com toda certeza, a delicada situação dos usuários de crack. Com um gigantesco apoio midiático, passou-se a ter no ideário popular a personificação do usuário dessa substância como o pior e o mais hediondo mal que se dissemina na nossa sociedade. Assim, com a demonização desses usuários, não é à toa que o Estado se valha de intromissões coercitivas de internação compulsória cuja a intenção vislumbrada é a própria limpeza e higienização dos lugares que possuem grande concentração desses usuários, e além do que, negligencia-se ainda mais a vulnerabilidade desses indivíduos.

¹¹¹ Baratta ainda complementa essa percepção com as palavras de Meudt: “los expertos, las instituciones, el público y la prensa se refuerzan reciprocamente; todos ellos desarrollan tanto a nivel real como simbólico la guerra contra el problema de la droga, que está dirigida esencialmente sólo contra los consumidores”. (BARATTA, Alejandro. **Introducción a una sociología de la droga. Problemas y contradicciones del control penal de las drogodependencias**. *Revista de derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, n.1, p.197-223, 2012. p. 203)

¹¹² OLMO, Rosa Del. **Para definir el tráfico y consumo de drogas. Reflexiones iniciales**. Ponencia presentada em el XIX Congreso Latino – americano de Sociología (ALAS), Caracas, 1993, p.131.

Obviamente que usuários de drogas mais severas são mais vulneráveis que os não consumidores, mas também é certo que a grande maioria daqueles que são usuários continuam integrados no dinamismo da nossa sociedade.¹¹³

Em resumo, o então discurso de intolerância, embasado em critérios de pouco cientificismo e racionalidade, rege a premissa de que as drogas criminalizadas promovem dependência, e assim, um comportamento de isolamento social, da vida produtiva, fazendo com que os seus consumidores inevitavelmente sejam inseridos na criminalidade. Contudo, as consequências são drásticas para as vítimas desse processo: um fenômeno de estigmatização e exclusão social que intensifica mais ainda a perseguição e punição daqueles que por si mesmos já são vítimas de uma marginalização.

3.3 A CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS COMO UM PROCESSO POTENCIALIZADOR DE ESTIGMATIZAÇÃO SELETIVA DE USUÁRIOS.

Ponderando criticamente sobre as adversidades e inconveniências (mal-estares) da civilização moderna, Bauman delimita um rudimentar tripé caracterizador da modernidade composto pela imperatividade da beleza, pureza e da ordem.¹¹⁴

Na concepção do autor, as sociedades modernas exterminam tudo aquilo que não é harmonioso. Há um senso “esteticamente agradável e moralmente tranquilizador da harmonia.”¹¹⁵ A busca, assim, pela pureza remonta a uma constante ideia de ordem, isto é, cada coisa deverá estar no seu justo e

¹¹³ ZILIO, 2012, Op. Cit., p.108.

¹¹⁴ Concebendo os ensinamentos freudianos explicitados na famosa obra “O mal-estar na civilização”, entende-se por beleza como uma coisa “inútil que esperamos ser valorizada pela civilização”; pureza a mentalidade de que “a sujeira de qualquer espécie parece-nos incompatível com a civilização”; e ordem como uma “espécie de compulsão à repetição que, quando um regulamento foi definitivamente estabelecido, decide quando, onde e como uma coisa deve ser feita, de modo que em toda circunstância semelhante não haja hesitação ou indecisão”. (BAUMAN, Zygmunt. O mal estar da pós-modernidade. Rio de janeiro. 1998. Jorge Zahar editor, p. 7-8.)

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 14.

devido lugar, e aqui, entende-se devido lugar como conveniência. É uma ordem natural. As coisas preenchem esses lugares por sua livre vontade.¹¹⁶

Em contrapartida, o sujo - a imundice na sociedade moderna - é gerado pelo simples fato de as coisas estarem “fora do lugar”, ou seja, não são as características das coisas que as transformam em sujas, mas sim, a sua errônea localização, Bauman assim exemplifica:

As coisas que são “sujas” num contexto podem tornar-se puras exatamente por serem colocadas em um outro lugar – e vice-versa. Sapatos magnificamente lustrados e brilhantes tornam-se sujos quando colocados na mesa de refeições. Restituídos ao monte dos sapatos, eles recuperam a prístina pureza. Uma omelete, uma obra de arte culinária que dá água na boca quando no prato do jantar, torna-se uma mancha nojenta quando derramada sobre o travesseiro.¹¹⁷

Há de se destacar, também, a existência de algumas coisas que não possuem lugar pré-determinado algum. Tais coisas, simplesmente, não se encaixam em nenhuma posição. Estão em uma posição “suja” apenas pelo fato de existirem. Aliás, essas específicas coisas (imundas por si só) trazem uma maior instabilidade nessa demanda pela pureza, isto é, por controlarem a sua própria localização sem chamar atenção sobre si mesmas, elas além de ameaçarem o próprio modelo de pureza, ameaçam, também, o “próprio esforço de protegê-lo”.¹¹⁸

Enfim, o interesse pela pureza possui uma relação intrínseca com a ideia de ordem. Ordem, portanto, apresenta-se como “ [...] um meio regular e estável para os nossos atos; um mundo em que as probabilidades dos acontecimentos não estejam distribuídas ao acaso, mas arrumadas numa hierarquia estrita”. Só assim, observa Bauman, conseguimos prosseguir, selecionando “[...] apropriadamente os nossos atos – isto é, com uma razoável esperança de que os resultados que temos em mente serão de fato atingidos. Só aí podemos

¹¹⁶ Para Bauman a intervenção da humanidade na natureza não a torna “imunda”, mas sim, decididamente, “insere na natureza a própria distinção entre pureza e imundice, cria a própria possibilidade de uma determinada parte do mundo natural ser ‘limpa’ ou ‘suja’.” (*Ibidem*, p. 14)

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 14.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 15.

confiar nos hábitos e expectativas que adquirimos no decorrer da nossa existência no mundo.”¹¹⁹

Interessante que, mesmo levando em conta que a pós-modernidade complexou ainda mais esses esforços de organização, haja vista que agora, para além de uma “colocação em ordem”, visa-se criar uma nova ordem que desafia a presente (o “ser significa um novo começo permanente”¹²⁰), tem-se constantemente a predominância de um medo daquilo considerado estranho, que impregna “[...] todo fragmento e toda ranhura da condição humana.”¹²¹

Há, evidentemente, regramentos que consubstanciam uma ordem operante a todos os indivíduos. Sejam regras positivadas pela soberania jurídica do Estado, ou, sejam regras que representam, na realidade, um acordo informal entre os membros de uma coletividade, o fato é que o indivíduo que sobreleva tais imposições ou coerções insere-se em uma categoria intitulada como estranha ou aversiva.

Trazido esses fundamentos, passa-se agora a explorar um pouco sobre a problemática da exclusão social e do processo de estigma.

A partir da década de 50 do século passado houve um rompimento com as perspectivas da sociologia positiva quanto a esta temática. De fato, começou-se a utilizar os pressupostos da Psicologia Social para se entender o fenômeno de exclusão social. O que antes era apenas explicado de acordo com a ordem econômica, agora tem-se uma perspectiva de que é um fenômeno multidimensional que impõe uma multiplicidade de trajetórias de desvinculação.¹²²

A exclusão social, portanto, diz respeito aos valores e conhecimentos de uma determinada sociedade. Ela não fica adstrita apenas à ideia de exclusão física, geográfica ou material, mas também está condicionada à categoria da exclusão cultural. Ocorre que determinados sujeitos são postos a uma mudança (transmutação) na estrutura social (são marginalizados), de modo que

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 15.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 19-20.

¹²¹ *Ibidem*, p. 21.

¹²² WANDERLEY, Mariangela Belfiore. **Refletindo sobre a noção de exclusão.** In: *As Armadilhas da Exclusão*. SAWAIA, Bader. **Análise psicossocial e ética da desigualdade social**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.p.23.

posteriormente são submetidos a uma homogeneização provocada ou reforçada pelas políticas públicas ou pela ideologia nacional.¹²³

O criminólogo britânico Jock Young, explicando esse processo de transmutação (a sociedade exclui para incluir) na sociedade, assevera que a exclusão pode se dar por questões econômicas (separação dos mercados de trabalho e um aumento do desemprego) ou ser proveniente das tentativas de controlar a criminalidade resultante das circunstâncias transformadas e da essência excludente do próprio comportamento desviante do indivíduo.¹²⁴

A desagradável consequência desse processo é justamente expulsar o indivíduo não somente dos bens, dos serviços, dos bens de consumo, mas do gênero humano. Essa intolerância social faz com que surja o estigma de que o sujeito não é mais um ser comum e total, e muito menos um cidadão.¹²⁵

Através desse processo cria-se monstros, onde torna-se “convencional de modo eminente à empreitada de imobilizar o estranho na sua essência de outro excluído, de monstro social”.¹²⁶

Assim, o estigma, sendo uma cicatriz desse processo de exclusão, pode ser entendido como uma lente pela qual “são olhados certos tipos de pessoas, ao mesmo tempo em que a própria pessoa absorve essa visão exterior.”¹²⁷ Contudo, nas palavras de Goffman:

Um atributo que estigmatiza alguém pode confirmar a normalidade de outrem, portanto ele não é, em si mesmo, nem honroso nem desenrroso.¹²⁸

¹²³ WANCQUANT, Loic. **Da América como utopia às avessas**. In. A Miséria do Mundo. BOURDIEU, Pierre (org). 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.p.168.

¹²⁴ YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p.23.

¹²⁵ ALVES, Paula Pereira Gonçalves. **Mecanismos e ramificações da exclusão social no paradigma da cultura do controle**. In: Simpósio de Iniciação Científica do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ed.1, ano 01, p. 792.

¹²⁶ LINCK, José Antônio Gerzson. **A Criminologia nos Entre - Lugares: inclusão violenta, exclusão e subversão contemporânea**. Rio Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 214.

¹²⁷ BRAGA, Ana Gabriela Mendes. **Preso pelo estado e vigiado pelo crime: as leis do cárcere e a construção da identidade na prisão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 4

¹²⁸ GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4.ed. Rio de Janeiro: 2008. p. 13.

Mais precisamente, nesse sentido, a tese de Howard Becker, “*Outsiders*”, revela um enfoque relevante no que diz respeito a todo um complexo de ações e reações na tratativa do desvio da “ordem” pelo uso de drogas.

O estranho, o anormal, aquele que vai contra o regramento imposto por esta ordem adquire um status que influi tanto na própria concepção sobre si mesmo, quanto na concepção externa dos outros sobre tal ato. Entender essa problemática, contudo, depende primordialmente de uma construção de definição de “desvio”.

Para além de uma noção estatística, patológica, ou sociológica funcional do desvio¹²⁹, Becker concentra a sua definição de desvio como algo criado pela própria sociedade. Não no sentido de que o desvio possui causas atinentes na “situação social do desviante, ou em ‘fatores sociais’ que incitam sua ação”, mas sim, conforme as palavras dele:

[...] que grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio, e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como outsiders. Desse ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da

¹²⁹ A concepção “mais simples” de desvio, segundo Becker, é essencialmente estatística. Por esta concepção, define-se como desviante “[...] tudo que varia excessivamente com relação à média”, ou seja, aquilo que difere do mais comum. A dificuldade maior de se aderir a esta permissiva diz respeito justamente ao fato de que agrega, em um mesmo grupo, pessoas comumente consideradas desviantes e outras que não infringiram qualquer regra. Em contrapartida, tem-se uma concepção mais complexa em termos práticos, mas que é ainda extremamente usada pelos cientistas envolvidos na tentativa de entender o desvio. Fala-se do entendimento de que o desvio está intrinsecamente relacionado com uma questão patológica do agente do desvio. Há uma analogia com quesitos médicos, de modo que, assim como uma pessoa que detém alguma patologia física terá algum tipo de disfunção, o ato de desviar associa-se, portanto, com um “problema mental”. Entretanto, Becker critica esse entendimento pois ele aceita “o julgamento leigo de algo como desviante e, pelo uso de analogia, situa sua fonte dentro do indivíduo”, isto é, afasta uma tentativa de ver o próprio julgamento como “uma parte decisiva do fenômeno”. Por fim, a concepção sociológica funcional do desvio ao desconsiderar o aspecto político do fenômeno não consegue trazer uma compreensão certa para especificar o que é funcional e disfuncional em um grupo social. (BECKER, Howard Saul. **Outsiders. Estudos de Sociologia do Desvio**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p.18-20.)

aplicação por outros de regras e sanções a um “infrator”. O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado como sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal.¹³⁰

A grande ressalva que se deve impor é que não se vislumbra como uma categoria homogênea aquelas pessoas rotuladas como desviantes, pois, é inviável encontrar fatores comuns de personalidade ou da dita “realidade social” entre os desviantes que possam se configurar, assim, como motivações do desvio.¹³¹

Isso porque, deixa-se, muitas vezes, de incluir nesse grupo pessoas que realmente infringiram alguma regra, pois há uma corriqueira falha no processo de detecção dos desviantes, e segundo, pelo motivo de que o grau em que um “[...] ato será tratado como desviante depende também de quem o comete e de quem se sente prejudicado por ele.”¹³²

É inapropriado tentar compreender o desvio como uma qualidade simples, presente apenas em alguns tipos de comportamento. É antes de tudo o efeito de um processo que envolve as reações de outras pessoas ao comportamento desviante, assim “se um dado ato é desviante ou não, depende em parte da natureza do ato (isto é, se ele viola ou não alguma regra) e em parte do que as outras pessoas fazem a cerca dele.”¹³³

Não há como, por isso, deixar de coadunar com a concepção de que a atual política criminal de drogas potencializa de forma desastrosa esse processo de exclusão social e de estigma, que se dá de forma seletiva. Como já dito anteriormente, o discurso que se empondera a cada dia, com apoio dos meios de comunicações e da maioria dos intelectuais, é de que aqueles que consomem drogas são desqualificados como indivíduos, como se houvesse uma enorme distância entre nós, pessoas honradas, e os delinquentes usuários de drogas. Entretanto, o que aqui se quer discutir é que a realidade nos mostra como essa inserção é seletiva. Isso porque o consumo está presente em todas as classes sociais, mas a intervenção do Estado, da Mídia e do senso comum é

¹³⁰ *Ibidem*, p. 21- 22.

¹³¹ *Ibidem*, p.22.

¹³² *Ibidem*, p.22-25.

¹³³ *Ibidem*, p. 26.

intensificada apenas nas classes mais vulneráveis e desfavorecidas, ou seja, os mais privilegiados socialmente são invisíveis aos estereótipos afirmados hoje em dia, e imunes ao processo de criminalização.¹³⁴

Mesmo diante da constatação trazida por este estudo de que os paradigmas afirmados (dependência e inevitável inserção do usuário em uma subcultura delitiva) merecem uma devida relativização, é incontestável revelar, contudo, que a dinâmica do atual sistema de repressão às drogas promove a sua categorização, nas palavras de Alesandro Baratta, como um sistema “autorrefencial”. Isso quer dizer ele se autoreproduz ideologicamente, porque cada ator integrado nesse sistema encontra a confirmação da sua própria imagem a partir da atitude de outros atores; e materialmente, pois consegue produzir uma realidade conforme a imagem da qual surgiu e que a legitima.¹³⁵

Logo, tem-se hoje uma menor distância entre a realidade e a imagem trazida pela política de repressão das drogas: atualmente, há mais dependentes que morrem devido ao consumo de drogas, e que integram uma subcultura de carreiras criminais do que antes da intervenção da justiça penal na problemática social do uso de drogas.¹³⁶

Isso porque, o consumo de drogas e o comércio de drogas na ilegalidade geram, por consequência, altos preços do produto proibido, e a inevitável falta de controle do produto.

De certo, os altos preços das drogas, alerta Albrecht, obrigam a uma inserção no contexto da “criminalidade de provisão (especialmente furto de carro, roubo em residência e assalto de rua), à venda do próprio corpo (prostituição) e à participação no pequeno tráfico, por que a aquisição de drogas com trabalho legal é quase impossível de financiar.”¹³⁷

Ou seja, tem-se um mercado ilegal lucrativo que perfaz a satisfação do interesse de consumo dos usuários, mas que trazem elevados riscos para saúde exatamente pela falta de controle na qualidade das drogas ilegais.¹³⁸

¹³⁴ ZILIO, 2012, Op. Cit., p. 108.

¹³⁵ BARATTA, 2012, Op. Cit., p. 197.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 198.

¹³⁷ ALBRECHT, 2010, Op. Cit., p. 509.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 510.

Em um regime proibicionista, pela falta de uma fiscalização devida, é inevitável que a produção clandestina das drogas ilícitas promova substâncias defeituosas que acarretam prejuízos na saúde do consumidor.¹³⁹

Um exemplo claro e histórico desses efeitos pode ser bem percebido com a vigência da Lei Seca entre 1920 e 1933 nos Estados Unidos. Durante esse período foram relatados casos de cegueira e morte devido a intoxicação por metanol (álcool impróprio para consumo), já que era um subproduto da destilação clandestina que não possuía nenhum controle de qualidade.¹⁴⁰

Estas considerações levantadas apontam para uma necessária mudança de pensamento sobre a atual política de drogas. A tentativa de se utilizar o Direito Penal como mecanismo de proteção dos indivíduos da autolesão, demonstra-se como “contraproducente”¹⁴¹, isso porque a persecução penal agrava ainda mais os problemas que declaram combater e reprimir: impulsionam os vulneráveis usuários dependentes para carreiras criminais, para a decadência psíquica e física, e os insere, assim, em um processo de estigmatização.

É imprescindível, assim, a inserção de uma política alternativa de drogas. Conquanto, para que seja possível a reconstrução desse discurso de controle em respeito à dignidade da pessoa, como bem esclarece Jacson Zilio, é requerível a potencialização de um Direito penal mínimo, de modo que a sua legitimação advém do fato que se estrutura em uma dogmática jurídico-penal de coerência interna e que cumpre as finalidades que proclama. Além disso, ter-se como premissa o Direito penal mínimo, consegue-se evitar contradições, pois é regido pelos princípios de limitação do poder, quais sejam: legalidade, lesividade, intervenção mínima, culpabilidade e humanidade. Por outro lado, a sua minimização possibilita a proteção da pessoa em si, ao evitar os “riscos das doutrinas organicistas ou funcionais. E por fim, consegue defender os bens jurídicos mais relevantes de uma sociedade e apenas nos casos em que os outros ramos do direito revelam-se insuficientes nessa função.”¹⁴²

¹³⁹ BARATTA, 2012, Op. Cit., p. 207.

¹⁴⁰ FILEV, 2015, Op. Cit., p. 106.

¹⁴¹ ALBRECHT, 2010, Op. Cit., p. 524.

¹⁴² ZILIO, 2012, Op. Cit., p. 116-117.

CONCLUSÃO

A situação do usuário na atual política de combate às drogas no Brasil, em consonância ainda com um arcabouço de convenções internacionais, externaliza o viés repressivo e intransigente correlativo à tratativa da questão das drogas. Mesmo que a Lei 11.343/06 tenha incumbido a retirada de uma sanção encarceradora, a manutenção de uma intervenção penal perante o ato de consumir drogas ilícitas, ainda mantém a personificação de um Estado autoritário, pois adentra em uma zona sagrada do ser humano: a liberdade que cada indivíduo possui de gerenciar a sua própria vida.

Por isso a importância e relevância da tese de John Stuart Mill na formulação de uma embasada crítica sobre tal problemática. De certo, evidenciado que uma atitude individual de uma pessoa não acarreta um dano ou um risco de dano a terceiros, deve ser afastada uma injustificada intervenção do Estado na vida do indivíduo, até porque a otimização da sua liberdade é o principal fundamento do progresso da vida humana.

Assim, deve-se arguir no sentido de que a problemática composta pela criminalização das drogas diz respeito, propriamente, ao caráter abstrato do bem jurídico a ser protegido. O que apenas se tem é uma justificação desprovida de fundamentos claros e concisos, sem cientificidade, sobre a forma como evidentemente se atinge a saúde pública por meio da possível autolesão de se consumir drogas ilícitas.

Isso porque, como bem demonstrado no presente trabalho, a realidade fática revela que as drogas ilícitas muitas vezes não geram o transtorno da dependência, bem como são menos prejudiciais para a saúde do que as próprias substâncias lícitas, além do que, torna-se incontestável que a criminalização e as suas consequências (falta de controle da qualidade das substâncias tornadas ilícitas; inserção dos usuários em uma subcultura delitiva; processo de estigmatização e demonização seletiva dos usuários) são bem mais severas do que o uso de drogas.

Por esse pressuposto, intenta-se nessa pesquisa coadunar com as conclusões de Alexis Albrecht no sentido de que em um Estado Democrático de Direito, não existe qualquer legitimação para que o Direito Penal venha impedir a autolesão proposital dos cidadãos. Existe somente o caminho da razão convincente, acompanhado por controle de acesso regulador, de operacionalização não repressiva às substâncias danosas.

Torna-se, portanto, inelutável a inserção de uma alternativa política de drogas que seja pautada em mecanismos de redução de danos, mediante o reconhecimento da incompetência e incapacidade do Direito Penal como mediador da questão do uso de drogas.

Enfim, nenhum indivíduo deveria ser punido pelo Estado na ausência de uma boa justificção. Só há justiça no sistema criminal quando se tem motivações concretas e claras para suas punições, e daqui se edifica a premissa de que a proteção pela individualidade, liberdade, e o desenvolvimento da autonomia de cada cidadão deveria ser uma baliza imperiosamente respeitada na formulação das leis penais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBRECHT, Alexis Peter. **Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALBRECHT, Alexis Peter. **Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALVES. Paula Pereira Gonçalves. **Mecanismos e ramificações da exclusão social no paradigma da cultura do controle.** *In: Simpósio de Iniciação Científica do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ed.1, ano 01.*

BARATTA, Alesandro. **Introducción a una sociología de la droga. Problemas y contradicciones del control penal de las drogodependencias.** *Revista de derecho Penal y Criminología, Buenos Aires, n.1, p.197-223, 2012.*

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.** 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Vera Malagutti. **Díficeis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders. Estudos de Sociologia do Desvio.** Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BERLIN, Isaiah. **Two Concepts of Lierty.** *Liberty: Oxford readings in politcs and goverment,* New York: Oxford University Press, 1991.

BITENCOURT, Cezar Robert. **Tratado de Direito Penal,** 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco.** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BRAGA. Ana Gabriela Mendes. **Preso pelo estado e vigiado pelo crime: as leis do cárcere e a construção da identidade na prisão.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BRASIL. **Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991.** Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm> Acesso em 30.ago. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 79.388, de 14 de março de 1977.** Promulga a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-79388-14-marco-1977-428455-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 30.ago. 2017.

BRASIL. **Lei 11.343/06, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 30.ago. 2017.

BRASIL. **Lei 11.343/06, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 30.ago. 2017.

BRASIL. **Lei 6.368/76, de 21 de outubro de 1976.** Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm> Acesso em: 30.ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento do Recurso Extraordinário 645.659.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 19/08/2015. Disponível

em:

<

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=635659&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> >. Acesso em: 30. set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento do Recurso Extraordinário 430.105**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 13/02/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo465.htm#transcricao1>>. Acesso em: 17. set. 2017.

BRITES, Cristina Maria. **Política de Drogas no Brasil**: usos e abusos. *Drogas no Brasil*. Entre a saúde e a justiça proximidades e opiniões. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2015.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, estudo criminológico e dogmático. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

CHOMSKY, Noam. **Contendo a democracia**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Editora Record, 2003.

ESCOHOTADO, Antonio. **Historia general de las drogas**. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Temas básicos da doutrina penal**: Sobre os fundamentos da doutrina penal - sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FILEV, Renato. **Como você se comporta? Dilemas sobre as dependências de substâncias**. *Drogas no Brasil*. Entre a saúde e a justiça proximidades e opiniões. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**, nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhe. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011, p. 20

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4.ed. Rio de Janeiro: 2008.

GRECO, Luís. **Tem futuro a teoria do bem jurídico?** Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 82, p.165-185, jan./fev. 2010.

HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais**. Uma construção à luz da Transição do Estado legislativo ao Estado Constitucional. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

HASSEMER, Winfried. Crisis y características del moderno derecho penal. **Actualidad Penal**. n. 43, Tradução ao castelhano de Francisco Muñoz Conde, 1993.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HUSAK, Doug; MARNEFFE, Peter de. **The Legalization of Drugs**: for and against, Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

KARAN, Maria Lucia. **Dez anos da Lei 11.343/2006**, dez anos da falida e danosa política proibicionista de “guerra às drogas”. Revista Liberdades, Ed. 22. Maio/agosto 2016.

LEMOS, C. **A Outra História da Guerra às Drogas**: Contribuições da Oitava Tese de Walter Benjamin. Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, Rio de Janeiro, vol. 7, n. 3, p. 556-581, set/dez. 2015.

LINCK, José Antônio Gerzson. **A Criminologia nos Entre - Lugares: inclusão violenta, exclusão e subversão contemporânea**. Rio Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de drogas comentada**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MENEGAT, Marildo. **Estudos Sobre Ruínas**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2012.

MEZGER, Edmundo. **Tratado de Derecho Penal**: Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946.

MILL, Stuart. **A liberdade Utilitarismo**. Tradução de Eunice Ostrensky, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Nixon, Richard (1971). Remarks About an Intensified Program for Drug Abuse Prevention and Control, 17 de junho. Disponível em: < <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=3047>>. Acesso em: 19.ago. 2017.

OLIVEIRA, Isabela Lara. **Breve histórico da Ressignificação da Ayahuasca na Religião Santo Daime**. *Interthesis*, Florianópolis, v.7, n.2, p.316-342, jul/dez. 2010.

OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução de Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990.

RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas**, comentários penais e processuais. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

RIBEIRO, Maurindes de Melo. **Afinal, o que é droga?**. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo: IBCCrim nº151, jun. 2005.

SANTIAGO, Mir Puig, **Derecho Penal Parte General**, 8.ed., Barcelona: Reppertor, 2010.

SANTOS, Rafael Guimarães dos. **Efeitos da Ingestão de Ayahuasca em Estado Psicométricos Relacionados ao Pânico, Ansiedade e Depressão em Membros do Culto do Santo Daime**. 2006. Dissertação (Mestrado em Psicologia), Universidade de Brasília, UnB, Brasília, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeiten – und Gefährdungsdelikte**. In: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídicos-Penales Supraindividuales**, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 260. In: Giancarlo Silkunas. **Da racionalização do poder de punir mediante a criação do conceito de bem jurídico**. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo: IBCCrim, n°247, set. 2016.

SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira e. **Direito Penal Preventivo e os Crimes de Perigo: uma apreciação dos critérios de prevenção enquanto antecipação do agir penal no direito**. In: COSTA, José de Faria. *Temas de Direito Penal Econômico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

TOLEDO, Francisco Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal das Guerra às Drogas**. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo: IBCCrim, n°286, set. 2016.

WANCQUANT, Loic. **Da América como utopia às avessas**. In: *A Miséria do Mundo*. BOURDIEU, Pierre (org). 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

WANDERLEY, Mariangela Belfiore. **Refletindo sobre a noção de exclusão**. In: *As Armadilhas da Exclusão*. SAWAIA, Bader. **Análise psicossocial e ética da desigualdade social**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZILIO, Jacson Luiz. **El Derecho Penal de Las Drogas.** *Revista Critica Penal y Poder*, Barcelona, n.3, p. 104-120, set. 2012.